كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء الثامن

الدعوى، الإقرار، الصلح، المضاربة، الوديعة،
العارية، الهبة



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـــب العلميـــة - بيـــروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنـــان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

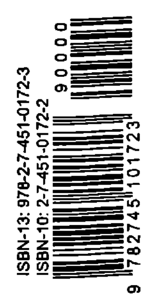
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(كتاب الدعوى)

(كتابُ الدَّعْوَى)

(كِتَابُ الدَّعْوَى)

هي: اسم من الادعاء، وألفها للتأنيث، فلا تنون، على ما في «المغرب»؛ حيث قال فيه: ادعى زيد على عمرو مالا: فزيد: المدعي، وعمرو: المدعى عليه: والمال: المدعى، والمدعى به: لغو، والمصدر: الادعاء، والاسم: الدعوى، وألفها للتأنيث، فلا تنون؛ يقال: دعوى باطلة أو صحيحة. انتهى.

وقال في «المصباح»: ادعيت الشيء: طلبته لنفسي، والاسم: الدعوى، ودعوى فلان كذا؛ أي: قوله. انتهى.

فعلم من هنا: أن تعديته إلى المال بنفسه لا بالحرف.

ولذا قال صاحب «المغرب»: قولهم: المدعى به: لغو.

وإنه يجيء في اللغة بمعنى: الفعل القلبي: وهو الطلب، وبمعنى القول المخصوص.

ولهذا قال في «العناية»: هي في اللغة: عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره.

وهي في اصطلاح الفقهاء: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته، كذا في «العناية».

وهو الأنسب بمعناها اللغوي، بخلاف ما ذكره المصنف.

وسببها: تعلق البقاء المقدر للإنسان بتعاطي المعاملات.

وشرطها:

١- حضور خصم.

٢- ومعلومية المدعى ديناً أو عيناً.

هِيَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لَهُ على غَيرِهِ.

وَالْمُدَّعِي: من لَا يجْبرُ على الْخُصُومَةِ.

وَالْمُدَّعى عَلَيْهِ: من يجْبرُ.

٣- وكونه ملزماً على الخصم؛ فإن ادعى على غائب.. لم يسمع.

وكذا إذا كان المدعي مجهولاً؛ لعدم إمكان القضاء بالمجهول.

وحكمها: وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات إن كانت صحيحة.

(**هي: إخبار بحق له على غيره**) فيه: أن الدعوى في عرفهم ليس مجرد إخبار حق له على غيره، بل هي إخبار عنه على وجه المطالبة والمخاصمة في مجلس القاضي، وهو شرط الدعوى؛ كما في «الاختيار» و«العناية» كما ذكرناه.

ويدل على ما ذكرناه: دخول الخصومة في مفهوم المدعي والمدعى عليه، على ما سيصرح به، وما ذكره المصنف يناسب ما ذكره في «المصباح»؛ حيث قال فيه: وقد يتضمن الادعاء معنى الإخبار، [٣١٧/أ] فتدخل الباء جوازاً، يقال: فلان يدعي بكرم فعاله؛ أي: يخبر بذلك عن نفسه. انتهى.

ولكن هذا المعنى ليس بمراد في الدعاوى الشرعية.

(**والمدعي**) اسم فاعل: (**من لا يجبر على الخصومة**) إذا تركها.

(**والمدعى عليه: من يجبر**) عليها.

وقد اختلفوا في تعريفهما:

واختار القدوري وصاحب «الهدية» ما ذكره المصنف.

وقيل: **المدعي**: من لا يستحق بحجة من البينة أو الإقرار، **والمدعى عليه**: من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة؛ كذي اليد.

وقيل: **المدعي**: من يلتمس غير الظاهر، **والمدعى عليه**: من يتمسك بالظاهر.

والصحيح: هو الأول؛ لانتقاض كل من الأخيرين بصورة على ما في «العناية».

وَلَا تصحُّ الدَّعْوَى إِلَّا بِذكرِ شَيْءٍ عُلِمَ جنسُهُ وَقدرُه، فَإِن كَانَ دَيناً ذَكَرَ أَنَّه يُطَالِبُهُ بِهِ، ....

(ولا تصح الدعوى إلا بذكر شيء عُلِمَ جنسه وقدره).

وقد ذكرنا آنفاً: أن معلومية المدعى به: شرط لصحة الدعوى؛ فلا بد من ذكر ما يعينه، وهو بيان جنسه؛ كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك.

وبيان قدره؛ مثل: كذا وكذا درهماً أو ديناراً أو كيلاً أو كراً؛ لأن فائدة الدعوى: الإلزام على الغير بإقامة الحجة، والإلزام في المجهول غير متحقق.

(فإن كان)؛ أي: ما يدعي (ديناً.. ذكر) المدعي (أنه يطالبه به)؛ أي: بالدين؛ لأن المطالبة حقه، فلا بد من طلبه؛ وذلك لأن صاحب الذمة قد حضر، فلم يبق إلا المطالبة.

لكن لا بد من تعريفه بالوصف؛ بأن قال: ذهباً أو فضةً.

فإن كان مضروباً.. يقول: كذا وكذا ديناراً أو درهماً، جيداً أو ردياً أو وسطاً إذا كان في البلد نقود مختلفة، وإلا.. فلا حاجة إلى هذا التفصيل.

قال في «قاضي خان»: رجل ادعى عند القاضي على رجل حقاً.. فهو على وجوه:

إما أن يدعي ديناً أو عيناً.

والعين لا يخلو؛ إما أن يكون منقولاً أو غير منقول.

والمنقول لا يخلو؛ إما أن يكون قائماً أو هالكاً.

والقائم لا يخلو؛ إما أن يكون غائباً أو حاضراً.

أما إذا كان المدعى به ديناً.. لا يصح إلا بعد بيان القدر والجنس والصفة عن ظهر القلب، أو بالكتب في صحيفة، أو بلسان الترجمان، أو بإشارته المعهودة إن كان أخرس.

وإن ذكر هذه الثلاث ولم يذكر السبب؛ فقال المدعى عليه: سله من أي وجه يدعي؟ يسأله القاضي عن ذلك؛ فإن أبى أن يبين:

ذكر في عامة الروايات: أن القاضي لا يجبره على بيان السبب.

وذكر الشيخ علي بن محمد البزدوي: أن القاضي إذا سأله عن السبب.. لا يجب عليه أن يجيب؛ لأن المدعي قد يستحيي عن بيان السبب، أو يشق عليه بيان ذلك.

فإن بين المدعى عليه وقال: هذا المال الذي يدعي عليَّ من ثمن خمر أو ميتة:

قال أبو حنيفة: يصير مقراً بالمال [٣١٧/ب] إذا كذبه المدعي في السبب.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن بين مفصولاً.. فكما قال أبو حنيفة، وإن بين موصولاً.. صح بيانه.

ثم قال فيه أيضاً: ادعى رجل [على] رجل ديناً ولم يبين السبب، فشهد الشهود بالسبب.. جازت شهادتهم.

وإن ادعى ديناً بسبب، وشهد الشهود بالدين المطلق:

قيل: لا تقبل شهادتهم؛ كما لو ادعى ملكاً بسبب، فشهد الشهود بالملك المطلق.

والصحيح: أنها تقبل.

وقال في «البحر»: إن في دعوى الدين شروطاً أخرى لم يذكرها في المتون والشروح، وهي: أن دعوى الدين:

إن كانت دعوى البضاعة والوديعة بسبب الموت.. [لا بد أن يبين قيمته][1] يوم موته.

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «البحر» (٢٠٢/٧).

وَإِن كَانَ نقلياً.. ذَكَر أَنَّهَا فِي يَدِ الْمُدعى عَلَيْهِ بِغَيْرِ حقٍ، وأنَّه يُطَالِبُهُ بهَا.

وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب.. لا بد من ذكر: أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض؛ لأنه لو كان عرضاً.. فله ولاية دعوى قيمة العرض.

ولو ادعى مالاً بكفالة.. لا بد من بيان المال أنه بأي سبب؛ لجواز بطلانها؛ إذ الكفالة بنفقة المرأة؛ إذا لم تذكر مدة معلومة.. لا تصح، إلا أن يقول ما عشت أو ما دامت في نكاحه.

والكفالة ببدل الكتابة: لا تصح.

ولو ادعت امرأة مالاً على ورثة الزوج.. لم يصح ما لم تبين السبب؛ لجواز أن يكون دين النفقة، وهي تسقط بموته.

قال في الخامس عشر من دعوى «البزازية» وفي: دعوى الدين على الميت؛ إذا ذكر أنه مات قبل أداء شيء من هذا الدين، وخلف من التركة في يد هؤلاء الورثة ما يفي لقضاء هذا الدين وزيادة، ولم يذكر أعيان التركة.. يسمع فيما عليه الفتوى.

لكن لا يحكم بأداء الدين على الوارث ما لم تصل إليه التركة على وجه يحصل به الإعلام.

وفي دعوى الدين من «الخلاصة»: التركة المستغرقة بالدين؛ إذا جاء غريم وادعى الدين.. فالخصم هو الوارث، وللورثة حق استخلاص التركة بقضاء الدين.

وكذا لأحد الورثة إذا امتنع الباقون.

ولو امتنع الكل عن الاستخلاص.. لا يجبرون، ولكن القاضي ينصب وصياً. انتهى.

(**وإن كان**) ما يدعي عيناً (**نقلياً.. ذكر**) المدعي (**أنها في يد المدعى عليه بغير حق وأنه يطالبه بها**)؛ لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده، وأنه يطالبه.

وقوله: «بغير حق»؛ لإزالة رهن عنده أو محبوس بثمن متاع.

وقيل: لا حاجة إلى ذكر هذا، لإغناء الطلب عنه، كذا في «البزازية».

وَلَا بُدَّ من إِحضارِها إِن أمكنَ؛ ليشارَ إِلَيْهَا عِنْدَ الدَّعْوَى وَالشَّهَادَةِ أَو الْحلفِ.

(ولا بد من إحضارها) - أي: العين - مجلس القضاء (إن أمكن) الإحضار؛ (ليشار إليها عند الدعوى، وعند الشهادة أو الحلف)؛ لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط في الدعوى؛ نفياً للجهالة.

وذلك في المنقول: بالإشارة [٣١٨/أ]؛ لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ في التعريف؛ لكونها بمنزلة وضع اليد عليه.

بخلاف ذكر الأوصاف؛ فإن اشتراك شيئين فيهما.. ممكن.

هذا فيما لا مؤنة في حمله، وإلا.. ففيه اختلاف؛ لما في «قاضي خان» قال: وإن كان المدعى به منقولاً عظيماً لا يمكن نقله إلا بمؤنة وضرر نحو: الخشب العظيم، والحجر والرحى، والغنم الكثير[١]، والمكيل والموزون.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: ينقل إلى مجلس القاضي ومؤنة النقل على المدعى عليه.

والصحيح: أن القاضي يبعث رجلاً يسمع الشهادة بحضرة المدعى به وشهوداً معه، فيشهدون عند القاضي: أن شهود المدعي شهدوا للمدعي.. فحينئذٍ يقضي القاضي للمدعي.

والذي بعثه القاضي لسماع الشهادة: لا يكون قاضياً؛ فلا بد من القضاء بتلك الشهادة. انتهى.

وفي الخامس عشر من «البزازية»: لا تصح دعوى الإحضار في الوديعة؛ لأن الواجب فيها: التخلية.

وقيل: يصح.

---

(١) في «فتاوى قاضي خان» (٢/٢١٥): (والصنم الكبير)، والمثبت: من المخطوط.

وَإِن تعذرَ.. يذكرُ قيمتَهَا.

(وإن تعـذر)؛ أي: إحضـار المـدعى بـه، أو حضـور القاضـي مكانـه، أو إرسـال النائب؛ لعدم العلم بمكانها أو لهلاكها (.. يذكر) المدعي (قيمتها)؛ ليكون المدعى معلوماً بأقصى ما يمكن؛ لأن العين لا يعرف بذكر الأوصاف وإن بولغ فيها؛ لإمكان المشاركة فيها.

وقال أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

وقال بعض مشايخنا: لاحاجة إلى ذكرها؛ لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة: القيمة، فلا حاجة إلى ذكرها.

ولأبي الليث: أن القضاء بقيمة المستهلك: بناء على القضاء بملك المستهلك عند أبي حنيفة؛ لأن حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده؛ فإذا كان كذلك.. لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة؛ ليعلم القاضي بماذا يقضي، فلا بد من ذكر الذكورة والأنوثة.

قال في «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: إن شهدوا على سرقة بقرة واختلفا في لونها.. تقبل الشهادة عنده، خلافاً لهما.

وهذه المسألة تدل على: أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى، ولو شرط.. لأحضرت البقرة، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها، وهذه المسألة الناس عنها غافلون. انتهى.

قلت: أشار المصنف إلى الجواب عنه: بقوله: «وإن تعذر.. يذكر قيمتها».

فإن الظاهر منه: أن إحضار عين المنقول: شرط عند عدم التعذر، وإلا.. فذكر القيمة بمنزلة إحضار العين، فلا دلالة في تلك المسألة على عدم اشتراط الإحضار في المنقول.

تحرير المسألة على ما في «قاضي خان»: ادعى على آخر عيناً؛ فهو على وجهين:

أما إن كان [٣١٨/ب] العين هالكاً أو قائماً؛ فالقائم: لا يخلو:

أما إن كان حاضراً في المجلس أو غائباً:

فإن ادعى أنه هالك.. فهذا ودعوى الدين سواء؛ لأنه بعد الهلاك يدعي الضمان، وهو المثل في المثليات، والقيمة في القيميات.. فلا تصح هذه الدعوى إلا بعد بيان القدر والجنس والنوع.

وإن كان العين الذي يدعيه المدعي قائماً حاضراً في المجلس.. لا بد أن يشير إليه باليد، فيقول: هذا العين لي، ولا بد للشهود أيضاً أن يشهدوا بالملك ويشيروا بأيديهم إلى المدعي والعين المدعى بها.

والإشارة بالرأس لا تكفي، إلا إذا علم بإشارتهم الإشارة إلى العين المدعى بها.

ولو قالا: نشهد أن هذا العين له.. لا يكتفى بذلك ما لم يصرحوا بالملك؛ لأن الشيء كما ينسب إلى الإنسان بالملك.. ينسب إليه أيضاً بالإجارة، فلا بد من التصريح بالملك؛ لقطع الاحتمال.

وإن كان غائباً، وادعى أنه في يد المدعى عليه، فأنكر؛ فإن بين المدعي قيمته وصفته.. تسمع دعواه وتقبل بيّنته.

وإن لم يبين القيمة وقال: غصب مني عيناً كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته:

ذكر في عامة الروايات: أنه تسمع دعواه.

فإنه ذكر في كتاب الرهن: إذا ادعى رجل على رجل أنه رهن عنده ثوباً هكذا، وهو ينكر.. قال: تسمع دعواه.

وذكر في الغصب: إذا ادعى على آخر أنه غصب منه عبداً أو جارية وعينهما وأقام البينة على ذلك.. تقبل بينته، ويجلس حتى يجيء بها وترد على صاحبها وإن لم يبين قيمتها. انتهى.

وهكذا في «المحيط» السرخسي أيضاً؛ فإنه قال في كتاب الدعوى: وإن وقعت الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه؛ بأن ادعى رجل على آخر أنه أخذ منه ثوباً أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك؛ فإن بيّن الجنس والصفة والقيمة.. فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة.

وإن لم يبين القيمة.. أشار في عامة الكتب إلى أنها مسموعة؛ فإنه ذكر في كتاب الرهن: إذا ادعى رجل على آخر أنه رهن عنده ثوباً وهو ينكر.. قال: تسمع دعواه وتقبل بينته.

وقال في كتاب الغصب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى.. تسمع دعواه وبينته. انتهى.

فعلم منه: أنه قد يكتفي بذكر القيمة في دعوى الأعيان الغائبة لا في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة؛ لأنه لا بد فيها من بيان: جنسه ونوعه وقدره؛ لأنه كدعوى الدين.

وهل يلزم في دعوى قيمة الأعيان المستهلكة: بيان الأعيان أيضاً؟

ففي «البزازية»: ودعوى قيمة الأعيان المستهلكة لا تصح بلا بيان الأعيان؛ لجواز أن يكون [٣١٩/أ] مثلياً، ويطالب بالقيمة.

وقال في النصاب: لا يحتاج إلى ذكر الأعيان؛ لأن الظاهر المطالبة بالواجب، فلا ترد الدعوى بالاحتمال.

واعلم: أن المصنف لم يفصل في المنقول بين دعوى عين وعين، ولا بد منه؛ لما في الثالث من دعوى «البزازية»: وفي دعوى الإيداع.. لا بد من بيان مكان الإيداع؛ سواء كان لها حمل أو لا.

وفي دعوى الغصب؛ إن كان له حمل ومؤنة.. لا يصح بلا بيان المكان، وإن لم يكن له حمل.. صح بدونه.

ودعوى التمر والملح والحنطة والشعير: لا تصح بالوزن، بل لا بد من ذكر الكيل؛ لأنها من المكيلات بالنص إلا على الرواية التي جاءت: «إن الوزن في المكيل إذا تعارفوه.. يكون موزوناً» لأن النص كان باعتبار العرف.

وفي الذرة والمج: يعتبر العرف.

ثم اعتبار الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات: إذا لم يكن مشاراً إليه؛ لأن الوزن والكيل في المشار إليه: لغو، حتى لو ادعى موزوناً أو مكيلاً مشاراً إليه وذكر أنه: عشرة أمناء؛ فإذا هو عشرون أو أقل.. يقبل.

وفي الحنطة: تصح الدعوى إذا ذكر الجنس والنوع؛ أعني: سقية أو بخسية، ربيعية أو خريفية.

والصفة؛ أعني: جيدة أو رديئة أو وسطاً.

والقدر: بالكيل؛ لأنها من المكيلات.

وسبب الوجوب: لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب، حتى السلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء.

وفي ثمن المبيع: لا يشترط بيان مكان الإيفاء.

ويذكر في السلم أيضاً: شرائطه وانتقاده في المجلس.

ولو قال: بسلَم صحيح ولم يذكر الشرائط.. كان شمس الإسلام يفتي بالصحة، وغيره.. لا؛ لأن شرائطه مما لا يعرفه إلا الخواص ومختلف فيه في بعضها.

وفي «المنتقى»: قال: بيع صحيح.. يكفي.

وعلى هذا: كل ما له شرائط كثيرة.. لا يكتفى فيه بقوله: بسبب صحيح.

وإذا قلّت الشرائط.. يكتفى به.

وقال: كفل كفالة صحيحة.. لا يصح عند شمس الإسلام كما في السلم.

وَفِي الْعقارِ لَا يحْتَاجُ إِلَى قَوْله: بِغَيْر حقٍّ، ....

ويذكر في القرض: أقرضه من مال نفسه؛ لجواز أن يكون وكيلاً في الإقراض عن غيره، والوكيل في القرض سفير، فلا يملك الطلب.

ويذكر أيضاً قبض المستقرض وصرفه إلى حوائجه؛ ليكون ديناً بالإجماع؛ فإن كونه ديناً عند أبي يوسف: موقوف على صرفه واستهلاكه.

وقال صدر الإسلام: ولا يشترط بيان مكان الإيفاء في القرض، ويتعين مكان العقد.

وفي بيع العين: يتعين مكان العقد للتسليم.

وقيل: يتعين مكان البيع، حتى لو باع براً في السواد.. يتعين بالسواد.

وتفصيل هذا النوع: في الخامس عشر [٣١٩/ب] من «البزازية»، فليرجع إليه.

ثم اعلم: أن الدعوى بسبب من الأسباب المذكورة: من القرض والغصب والشراء وغيرها مسموعة في طرف الاستحقاق.

وهل هو كذلك في الدعوى بسبب الإقرار؟

قالوا: إن الدعوى بسبب الإقرار في العين والدين؛ إن كانت في طرف الاستحقاق.. لا تسمع، وإن كانت في طرف الدفع.. تسمع.

ثم لما ذكر الدعوى في الدين والعين النقلي.. شرع في بيان الدعوى في العقار فقال: (**وفي العقار**)، وهو في عرف الشرع: اسم للعرصة المملوكة، مبنية أو لا؛ كالضيعة، كذا في نفقات «القهستاني».

وخصه في «العمادية»: بالعرصة المبنية.

(**لا يحتاج إلى قوله بغير حق**).

وقيل: يزيده أيضاً، كذا في شرح «النقاية».

واعلم: أن المدعى به: إذا كان عقاراً.. فلا بد من ثلاثة أشياء:

وَلَا تثبتُ الْيَدُ فِيهِ بتَصادُقِهما، بل بِبَيِّنَةٍ، أَو بِعلمِ القَاضِي ....

الأول: تحديده؛ للإعلام بأقصى ما يمكن، وهو في العقار بالتحديد، وسيأتي بيان التحديد.

والثاني: ذكر المدعي أن ما ادعاه في يد المدعى عليه؛ لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان ما يدعيه في يد المدعى عليه.

والثالث: ذكر المدعي أنه يطالبه؛ لأنه المطالبة حقه، فلا بد من طلبه، كذا في «العناية».

وكل من هذه الثلاثة: مذكور في الكتاب أيضاً؛ الأول فيما بعده، والثاني والثالث فيما قبل.

فالآن شرع في بيان: أن يد المدعي عليه بأي شيء تثبت؟

فقال: (**ولا تثبت اليد**)؛ أي: يد المدعى عليه (**فيه**)؛ أي: في العقار (**بتصادقهما**)؛ بأن قال المدعي: إنه في يد المدعى عليه، وصدقه المدعى عليه.

بخلاف المنقول؛ فإن اليد فيه تثبت بتصادقهما بلا حاجة إلى البينة.

(**بل**) تثبت (**ببينة**)؛ بأن شهدوا أنهم عاينوا أنه في يده، حتى لو قالوا: سمعنا ذلك.. لم تقبل؛ لأن الشهادة بالسماع لم تجز فيه.

(**أو بعلم القاضي**)؛ نفياً لتهمة المواضعة؛ لأن العقار قد يكون في يد غيرهما، وهما يواضعان: على أن يصدق المدعى عليه المدعي «بأن العقار في يد المدعى عليه»؛ ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه، فكان القضاء فيه: قضاء بالتصرف في مال الغير، وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث.

بخلاف المنقول؛ فإن اليد فيه مشاهدة، فيكفي التصادق.

واعلم: أن ذكر اليد وإثباته: إنما تلزم في دعوى العقار.

وأما في الشهادة عليه.. ففيه خلاف؛ لما في شهادة «البزازية»: شهدوا أنه ملكه، ولم يقولوا: «في يده بغير حق».. يفتى بالقبول.

قال الحلواني: اختلف فيه المشايخ، والصحيح: أنه لا يقبل؛ لأنه ما لم يثبت أنه في [٣٢٠/أ] يده بغير حق.. لا يمكنه المطالبة بالتسليم، وبه كان يفتي أكثر المشايخ.

وقيل: يقضي في المنقول، ولا يقضي في العقار، حتى يقولوا: «إنه في يده بغير حق».

والصحيح الذي عليه الفتوى: أنه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم.

حتى قال هذا القائل: لو سأل القاضي الشاهد: أهو في يد المدعى عليه بغير حق؟ فقال: لا أدري.. تقبل على الملك، نص عليه في «المحيط»، هكذا ذكره في كتاب الشهادة.

ثم ذكر في نوع إثبات اليد من كتاب الدعوى نقلاً عن «الصغرى»: ادعى على آخر ضيعة بأنها له، فأقر المدعى عليه أنها في يده وبرهن المدعي على أنها ملكه، فحكم الحاكم بالملك له.. لا يصح ما لم تثبت اليد بالبينة أو بعلم الحاكم.

ولو قال المدعى عليه: ليس العقار في يدي.. يحلفه حتى يقر؛ فإذا أقر باليد.. يحلفه أنها ليست ملكه حتى يقر بالملك للمدعي؛ فإن أقرّ به له.. يأمره بترك التعرض.

لكن: إذا أراد أن يبرهن على أنها ملكه.. لا بد من تقديم البينة على أنها في يده؛ لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة؛ فأمكن أن يتواضع اثنان، ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك، ويسامحه المدعى عليه في الشهود، ثم يدفع المالك عند قاض آخر معللاً بحكم الحاكم الأول، وهذه التهمة في المنقول منتفية؛ لأن يد المالك لا تنقطع عن المنقول عادة، بل يكون في يده، فاندفع ما قيل في

«شرح الوقاية» تهمة المواضعة ثابتة في الموضعين على السواء، فيقضي في المنقول بإقراره باليد؛ كما صرح به في جميع الكتب.

فظهر منه: أن ثبوت اليد بالبينة أو علم القاضي في العقار: إنما هو لصحة القضاء بالملك بالبينة لا لصحة الدعوى، كذا في «البحر».

لكن الظاهر من كلام المصنف: أنه لازم لصحة الدعوى.

ثم ذكر في النوع الخامس عشر من دعوى «البزازية» أيضاً: أن المدعي: إنما يحتاج إلى إثبات يد المدعى عليه في دعوى العقار إذا ادعاه بالملك المطلق؛ أما إذا ادعى الشراء منه وأقر بأنه في يده، فأنكر الشراء وأقر بكونه في يده.. لا يحتاج إلى إعادة البينة على كونه في يده.

والفرق: أن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد.. تصح على غيره أيضاً؛ فإنه يدعي عليه التمليك، والتمليك كما يتحقق من ذي اليد.. يتحقق من غيره أيضاً، فعدم ثبوت اليد بالإقرار: لا يمنع صحة الدعوى.

أما دعوى الملك: فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها: لا يتصور إلا من صاحب اليد.

وبإقراره: لا يثبت كونه ذا اليد [٣٢٠/ب]؛ لاحتمال المواضعة كما قررناه من قبل. انتهى.

والحاصل: أن اشتراط ثبوت اليد في العقار إنما هو في دعوى الملك المطلق؛ أما في دعوى الشراء أو الغصب.. فلا.

ثم اعلم: أن الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن غيره من المتون: أن دعوى الملك المطلق في العقار: صحيح.

وقد ذكر في التناقض في أوائل دعوى «البزازية» ما يدل على عدم صحته بدون بيان السبب؛ حيث قال: اعلم: أن مشايخ فرغانة ذكروا أن الشرط في دعوى العقار

فِي الصَّحِيحِ.

وَلَا بُدَّ فِيهِ من ذكر الْبَلَدِ والمحلَّةِ وَالْحُدُودِ الْأَرْبَعَةِ فِي الدَّعْوَى، وَالشَّهَادَةِ

في بلاد قدم بناؤها: بيان السبب، ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق؛ لوجوه:

الأول: أن دعوى الملك المطلق: دعوى الملك من الأصل بسبب الحطّة؛ ومعلوم أن صاحب الحطّة في مثل تلك البلاد غير موجود، فيكون كذباً لا محالة، فكيف يقضى به؟

والثاني: أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لِمَا قلنا.. فلا بد من أن يقضى بالملك بسبب، وذلك؛ إما بسبب مجهول أو معلوم.

فالمجهول: لا يمكن القضاء به للجهالة.

والمعلوم: لعدم تعيين المدعي إياه.

والثالث: أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادثٍ.. يجوز أن يكون ذلك السبب بشراء ذي اليد من آخر.

ثم يجوز **أن يكون السبب سابقاً** على ملك ذي اليد، فيمنع الرجوع.

ويجوز **أن يكون لاحقاً**، فلا يمنع الرجوع فيشتبه.

وكل من هذه الموانع غير متحقّقٍ في المنقول؛ لعدم المانع من الحمل على التملك من الأصل. انتهى.

(**في الصحيح**) احتراز عما قيل: إن اليد تثبت في العقار أيضاً بالتصادق، فللمدعي أن يأخذها من يده بعد أن يثبت ملكيتها بالبينة أو بإقرار ذي اليد أو نكوله.

(**ولا بد فيه**)؛ أي: في دعوى العقار (**من ذكر البلد والمحلة والحدود الأربعة: في الدعوى والشهادة**)؛ لأن التعريف يحصل بها.

وفي ذكر الحدود: يبدأ بما شاء.

وقيل: يبدأ بالمغرب، ثم المشرق، ثم الشمال.

وقيل: ذكر المحلة والسوق غير لازم، والمصر والقرية يلزم.

وَأَسْمَاءِ أَصْحَابِهَا ونسبهم إِلَى الْجدِّ، وَفِي الرجلِ الْمَشْهُورِ: يُكْتَفى بِذكرِهِ.

فَإِن ذكر ثَلَاثَةً وَترك الرَّابع.. صَحَّ.

وفي «البزازية»: ذكر السرخسي: ادعى محدوداً وبيّن حدوده، ولم يذكر أنه أرض أو كرم أو عقار.. لا يصح.

وقال شمس الإسلام: إنه يصح إذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود.

ولو ادعى ساحة، وذكر الحدود لا الطول والعرض.. يصح.

وذكر شمس الإسلام وشمس الأئمة: إذا كان أحد الحدود أو جميعها متصلاً بملك المدعي.. لا يحتاج إلى ذكر الفاصل، بخلاف اتصاله بملك الغير.

والشجرة لا تصلح فاصلاً، إلا إذا أحاطت بكل المدعى.

والمسناة تصلح، وكذا النهر.

واعلم: أن المصنف حينئذ: أشار إلى ما ذكره محمد: «من أنه يبدأ من الأعم كالبلدة، ثم المحلة، ثم السكة».

خلافاً لما قاله [٣٢١/أ] أبو زيد: «من أنه يبدأ من الأخص - كما في النسب - ثم يرتقي إلى الأعم».

وفي «المحيط»: إنه مخير في البدء بالأعم أو بالأخص.

(**وأسماء أصحابها**)؛ أي: أصحاب الحدود (**ونسبهم إلى الجد**)؛ فيقول في كل حد: ينتهي إلى ملك فلان ابن فلان.

وقيل: لم يشترط ذكر الجد، وهو رواية عن أبي يوسف.

والأول؛ لأن تمام التعريف: بذكر الجد عند أبي حنيفة.

(**وفي الرجل المشهور**)؛ مثل: أبي حنيفة وابن أبي ليلى (**يكتفى بذكره**)؛ أي: بذكر اسم الرجل المشهور، ولا حاجة إلى ذكر النسب من الأب والجد.

(**فإن ذكر ثلاثة**) من الحدود (**وترك الرابع.. صح**)؛ لوجود الأكثر.

وَإِن ذكره وَغَلط فِيهِ.. لَا.

خلافاً لزفر.

(وإن ذكره)؛ أي: الرابع **(وغلط فيه.. لا)** يصح؛ لأنه يختلف بالغلط في الجد المدعى، ولا كذلك بتركها؛ كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن.. جاز.

ولو غلطا في الثمن.. لا تجوز شهادتهم؛ لأنه صار عقداً آخر بالغلط.

هذا إذا كان الغلط منه في ابتداء الدعوى والشهادة.

بخلاف ما إذا ادعى المدعى عليه الغلط بعد القضاء، أو قبل القضاء بعد جواب المدعي بأن الدار ملكي.. فإنه لا تسمع منه هذا الدعوى، على ما صرح به في فصل دعوى الدور من «قاضي خان»؛ حيث قال فيه: المدعى عليه: إذا ادعى بعد القضاء أن المدعي أخطأ في الحد الرابع.. لا تسمع دعواه.

وكذا: لو ادعى قبل القضاء بعدما أجاب المدعي أنها ملكي وفي يدي، ثم ادعى أنه أخطأ في الجد الرابع.. لا تسمع دعواه.

وإن شهدوا على حدين.. لم تقبل.

وعن أبي يوسف: أنه تقبل.

إذا ادعى محدوداً وذكر الحدود الأربعة، وقال الشهود: نحن نعلم حدودها إذا ذهبنا إليها، ونقف ثمة، ولكن لا نعرف جيرانها، ولا أسامي جيرانها.. قال شمس الأئمة الحلواني: ههنا مسائل ثلاثة:

أحدها: أن يقول الشهود لهذا المدعي: «دار في محلة كذا، في سكة كذا، تلاصق دار فلان، في زقيقة كذا، غصبها منه هذا المدعى عليه، وإنها في يده بغير حق» ولم يذكروا حدودها، أو قالوا: «لا نعلم حدودها»، وجاء المدعي بشهود آخرين، فشهدوا بحدودها.. فإن القاضي لا يقضي للمدعي؛ لأن الذين شهدوا

بالملك لم يشهدوا بالحدود، والذين شهدوا الحدود والدار لم يشهدوا أنه يملك الدار.

وثانيها: لو قالت الشهود: نحن نعلم حدودها: أحدها كذا، والثاني كذا، والثالث كذا، والرابع كذا، لكن لا ندري أيوافق الحدود الذي سمينا دعوى المدعي، وهل هذه الحدود حدود تلك الدار؛ فإنا تحملنا الشهادة بهذه الحدود وسمي لنا حدودها هذه الحدود، وأقر البائع [٣٢١/ب] بهذه الحدود لكن ما رأيناها، ولا مررنا بتلك المحلة، ولا بسكنها.

وأكثر ما يكون: تحمل الشهادة على الدار والأرض على هذا الوجه: يسمى البائع حدودها والشهود يتحملون الشهادة بتعريف البائع.

وفي هذه المسألة: القاضي يبعث أمينين إلى الدار لينظرا إلى الدار: أن هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار؟

فإن وافق.. قضى بها للمدعي إذا رجعا إليه وشهدا عنده أن حدودها هذه الحدود.

وإن خالف.. لا يقضي.

وثالثها: إذا قال الشهود: إن لهذا المدعي داراً في محلة كذا، نعرف حدودها إذا قمنا عند حيطانها، ونشير أن أحد حدودها إلى هنا، والثاني إلى هنا، والثالث إلى هنا، والرابع إلى هنا، ولكنا لا نعلم جيرانها.. فإن هنا:

إذا أراد القاضي أن يقضي للمدعي.. يأمر الشهود بأن يذهبوا إلى الدار، ويبعث معهم شاهدين أو أمينين من أمنائه ويبينوا الحدود للأمينين، ثم يتعرف الأمينان جيرانها ويسألان أساميهم؛ فإذا رجعوا إلى القاضي وشهد أميناه: أن الشهود بينوا حدود الدار وأشاروا إليها وأنّا تعرفنا عن جيرانها فوجدناها كذلك.. فإن القاضي يقضي بشهادة الشهود الذين شهدوا بملك الدار للمدعي. انتهى.

وَإِذا صَحّت.. سَأَلَ الْقَاضِي الْخصمَ عَنْهَا؛ فَإِن أقرَّ.. حُكِمَ عَلَيْهِ.

وإِنْ أنكرَ.. سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيّنَةَ.

فإِنْ أَقَامَهَا، وإِلّا.. حُلِّفَ الْخصمُ إِن طلبه خَصمُهُ.

فَإِن حلفَ.. انْقَطَعتِ الْخُصُومَةُ حَتَّى تقومَ الْبَيِّنَةُ.

(وإذا صحت) الدعوى بعد استجماع شرائطها (.. سأل القاضي الخصم عنها) إلا عن الدعوى؛ لينكشف له وجه الحكم من الأمر بالخروج عما لزمه بالحجة، ومن جعل ما هو بعرضية أن يصير حجة قاطعة؛ فإن الشهادة: على عرضية أن تكون حجة قبل القضاء بها، وبعده: تصير حجة.

(فإن أقر) الخصم (.. حكم عليه) بالخروج عما لزمه بإقراره؛ لأن الإقرار على نفسه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، وإنما القضاء للخروج عن موجب الإقرار.

(وإن أنكر.. سأل المدعي البينة) لقوله ﷺ: «ألك بينة؟»، فقال: لا، فقال: «لك يمينه».

(فإن أقامها).. قضى بها؛ لانتفاء التهمة عن الدعوى؛ لترجح جانب الصدق.

(وإلا.. حلف الخصم إن طلبه خصمه)؛ لما روينا من قوله ﷺ: «لك يمينه».

(فإن حلف.. انقطعت الخصومة حتى تقوم البينة).

فيه إشارة إلى ما قالوا: من أن البينة بعد التحليف: مسموعة، على ما صرح به في الفتاوى.

قال في الباب الثالث من شهادة «جواهر الفتاوى»: لو قال المدعي: ليس لي شهود، فحلف المدعى عليه، ثم جاء شهود.. فإنه تقبل في رواية.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن المدعي إذا قال: ليس لي بينة، أو قال الشهود: ما لنا شهادة، ثم جاء المدعي بشهود، أو شهد الذي قال: «لا شهادة عندي» [٣٢٢/أ].. قال: هذا عند أصحابنا:

في رواية: لا تقبل؛ للتناقض.

وفي رواية: تقبل، وهو الصحيح؛ لأن التوفيق ممكن؛ بأن يقول: كان لي شهود وكنت نسيته، أو بقول الشهود كذلك: كانت لنا شهادة وكنا نسينا، ثم تذكرنا. انتهى.

وفي «الأستروشية»: أسند القول بالقبول إلى أبي حنيفة، والقول بعدم القبول إلى محمد.

واشار أيضاً: إلى أن التحليف حق القاضي، حتى لو حلّف المدعي المدعى عليه عند غير القاضي.. فهذا ليس بتحليف، حتى لو حلّفه ثانياً عند القاضي.. فله ذلك.

وإلى أنه لا بد من حضور الخصم عند الدعوى، لإقامة البينة [... ...][1] ههنا أن الإنسان **قد لا يكون خصماً في البينة، ولا في اليمين، ولو أقر** [لا يجبر به، ولكن لو دفع.. جاز؛ كمن][2] ادعي أنك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فأقر المشتري بالشراء والوكيل غائب.. لا تقبل بينة المدعي أنه وكيله بالبيع، ولا يحلف المشتري به، ولو أقر.. لا يجبر عليه بالدفع ولكنه لو دفع.. جاز.

وقد لا يكون خصماً في البينة ولا في اليمين، ولكنه لو أقر.. يجبر عليه؛ كمن ادعى عبداً في يد رجل، فأنكر دعواه، فصالح رجل مع المدعي على دراهم ودفعها إليه، على أن يكون العبد له، ثم جاء المصالح إلى ذي اليد وأقام بينة على أن العبد كان للمدعي وأراد أخذه.. لم تقبل بينته ولم يحلف عليه.

لكن لو أقر ذو اليد.. يؤمر بدفع العبد إلى المصالح، ويكون المصالح بمنزلة المشتري.

وقد يكون خصماً في اليمين لا في البينة؛ كمن اشترى عبداً وقبضه، ثم أقر به لغير البائع فلان ابن فلان ودفعه إلى المقر له، ثم أقام بينة: أنه كان للمقر له ليرجع

---

(١) بياض في المخطوط لم أتبين ما هو.

(٢) بياض في المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» ص (٢٩١).

وَإِن نكلَ مرّةً أَو سكتَ بِلَا آفَة فقضيَ بِالنّكُولِ ....

بالثمن على البائع.. لم تقبل بينته، ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له؛ فإن نكل.. يرد الثمن.

وقد يكون خصماً في البينة دون اليمين: وعلى هذا عشرة مسائل وأكثر:

منها: ادعى عبدين في يد رجل، فأنكر، ثم صالحه من دعواه على أحدهما بعينه، ثم أقام بينة: أن العبدين له [.. كان له][1] أن يأخذ الآخر، ولو أراد أن يحلف ذا اليد.. ليس له ذلك.

وباقي المسائل: مذكور في باب «من شرط حضرته لسماع البينة» من «القنية» فليطلب ثمة.

(**وإن نكل**) عن اليمين؛ بأن قال عند العرض: لا أحلف (**مرة أو سكت**)؛ أي: بعد عرض اليمين عليه ولم يقل [٣٢٢/ب] لا أحلف (**بلا آفة**) من خرس أو غيره، (**فقضى بالنكول**) أي: بسبب النكول أو بسبب السكوت.

وفيه إشارة إلى أن النكول أعم من السكوت.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: رجل ادعى على آخر مالاً، فلزمه السكوت، فلم يجب أصلاً.. يؤخذ منه كفيل، ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه؛ فإن أخبروا أنه لا آفة به.. يحضر مجلس الحكم؛ فإن سكت ولم يجب.. ينزل منكراً.

قال الإمام السرخسي: هذا قولهما؛ أما عند أبي يوسف.. فيحبس إلى أن يجيب. انتهى.

وفي «البحر»: والفتوى على قول أبي يوسف.

وفي «المجمع»: ولو قال: لا أقر ولا أنكر.. فالقاضي لا يستحلف.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» ص (٢٩٢).

صَحَّ، وَعُرِضَ الْيَمِينُ ثَلَاثاً، ثُمَّ الْقَضَاءُ أحوطُ، وَلَا تردُّ يَمِينٌ على مُدَّعٍ.

وَلَا يُقْضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ.

وَلَا يُحَلّفُ فِي نِكَاحٍ ورجعةٍ ....

وفي «البحر» نقلاً عن الشارح الزيلعي: يحبس عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا: يستحلف.

وفي «البدائع» الأشبه: أنه إنكار.

(.. صح) القضاء عند العامة، وهو الصحيح؛ لأنه بمنزلة الإقرار؛ فلو قال بعد القضاء: أنا أحلف.. لم يلتفت إليه.

(وعرض اليمين) على المدعى عليه في صورة النكول (ثلاثاً) بأن يقول: إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً؛ فإن حلفت.. فيها، وإلا.. قضيت عليك بما ادعاه.

(ثم القضاء أحوط) أي: ليس بأمر لازم في ظاهر الرواية.

وعنهما: أن العرض ثلاثاً لازم، حتى لو قضى بعد العرض مرة.. لا يصح، وإليه ذهب بعض مشايخنا.

(ولا ترد يمين) من جهة المدعى عليه (على مدَّعٍ، [ولا يقضى بشاهد ويمين]) عند نكول المدعي عليه، خلافاً للشافعي؛ حيث جوّز ذلك.

ولنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

(ولا يحلف) المنكر (في نكاح) بأن ادعى رجل على امرأة نكاحاً، أو بالعكس وأنكره الآخر.. لا يحلف المنكر.

وكذا في دعوى الرضاء بالنكاح أو الأمر به.

(و) لا في (رجعة) بأن ادعى أحد الزوجين بعد الطلاق والعدة أنه راجعها في العدة وأنكرها الآخر.. فلا يحلف المنكر، بخلاف ما لو ادعى الرجعة في العدة؛ حيث تثبت الرجعة بقوله في الحال.

وَفَيْءٍ وإِيلاءٍ واستيلادٍ ورقٍّ وَنسبٍ وَوَلَاءٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يُحلَّفُ، ....

(وفيء وإيلاء) بأن ادعى أحد الزوجين على الآخر بعد مدة الإيلاء: أنه فاء ورجع إليها في مدته، وأنكره الآخر.. فلا يحلف.

فإن اختلفا قبل المدة.. ثبت الفيء بقوله.

(واستيلاد) بأن ادعت الأمة على مولاها أو على زوجها - وكذا الحرة على زوجها -: أنها ولدت هذا الولد منه، وأنكره الزوج.. فلا يحلف.

وكذا لو ادعى الزوج أو المولى عليها أنها ولدت منه هذا الولد؛ لأن بمجرد إقرارهما الولادة.. يثبت النسب منه، ولا يلتفت إلى إنكار المرأة، فلا فائدة في التحليف.

(ورق) بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده، أو ادعى المجهول ذلك النسب أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك [٣٢٣/أ]؛ لأن هذه الدعوى من معروف النسب لا تصح.

(ونسب) بأن ادعى على آخر أنه ولده أو والده بلا دعوى حقّ وأنكره الآخر.. فلا يحلف المنكر عنده.

وهل تقبل بينة المدعي عنده؟

ففي «الزيلعي» و«البحر»: ينظر إن كان نسباً يثبت بالإقرار.. تقبل بينته؛ مثل الولد والوالد، وإن لم يثبت بإقراره.. لا تقبل بينته؛ مثل الجد وولد الوالد والأعمام والأخوة وأولادهم؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، بخلاف دعوى المولى الأعلى أو الاسفل؛ حيث تقبل، وإن ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك. انتهى.

(وولاء) أي: ولاء العتاقة أو الموالاة؛ بأن ادعى شخص على مجهول النسب أو بالعكس: أن بينهما ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة وأنكره الآخر.. فلا يحلف. هذا كله عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يحلف) المنكر في كل من هذه السبعة.

وَبِهِ يُفْتَى، وَلَا فِي حدٍ ولعانٍ.

فـإذا نكـل.. يقضـى بـالنكول، (وبـه يفتـى)، واختـاره الفقيـه أبـو الليـث. وفي «البحر»: اختار المتأخرون من مشايخنا: أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه؛ فإن رآه متعنتاً.. يحلفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً.. لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة.

ثم ذكر نقلاً عن «الاختيار»: أن عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والأبوة والزوجية.. يستحلف عليه، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم.. لا يستحلف، إلا إذا ادعى بسببه مالاً أو حقاً؛ كدعوى الإرث وعدم الرجوع في الهبة ونحوه. انتهى.

قال: وظاهره: صحة دعوى نسب الأخ ونحوه وإن لم يدع المال؛ لأنه إنما نفى الاستحلاف فقط، وظاهر ما في «البزازية» من الفصل العاشر في دعوى النسب والإرث: عدم صحة الدعوى بالأخوة المجردة، ولهذا لو برهن.. لا تقبل؛ لأنه في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ. انتهى.

قلت: المصرح في «المحيط» و«التاتارخانية»: هو المذكور في «البزازية».

(**ولا في حد ولعان**) هذا بالاتفاق، ولهذا أتى بالخلافية.

صورة الحد: ادعى عليه القذف فأنكره.. لا يحلف.

وكذا لا يحلف المنكر في حد الشرب على ما صرحوا به.

وفي حد الزنا والسرقة تفصيل سيأتي ذكره.

وصورة اللعان: ادعت المرأة على الزوج ما يوجب اللعان من القذف، فأنكره.. لا يحلف.

لهما في الخلافية والاتفاقية: أن النكول إقرار عندهما لا دلالة على كذبه في إنكار، والإقرار لا يجري في هذه [٣٢٣/ب] الأمور كلها، فيعمل بالنكول فيها، إلا أنه

إقرار فيه شبهة؛ لأنه في نفسه سكوت.. فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات، لا فيما يندرئ بالشبهات من الحدود المذكورة واللعان.

ولأبي حنيفة: أن النكول بذل وقطع للخصومة بدفع ما يدعيه المدعي، والبذل لا يجري في هذه الأمور المذكورة كلها؛ فإنه لو قال: أنا حرّ وهذا الرجل يؤذيني، فدفعت نفسي إليه للاسترقاق، أو قال: أنا ابن فلان، ولكن أبحت لهذا أن يدعي نسبي، أو قالت: أنا لست بامرأته، ولكن دفعت نفسي وأبحت له الإمساك.. لا يصح.

فإن قيل: إن أبا حنيفة ترك الحديث المشهور قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر» بالرأي، وذا لا يجوز.

أجيب: بأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، لكنه يقول: لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول؛ لكونه بذلاً لا يجري في تلك الأمور.. سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفوات المقصود.

ثم أُورد على كل من الطرفين نقوضٌ بمسائل ذكرت في شروح «الهداية» مع جوابها.. فارجع إليها.

والذي ينبغي أن يذكر ههنا: ما يجري فيه الاستحلاف وما لا يجري غير ما ذكره المصنف؛ ففي «قاضي خان»: الاستحلاف على ثلاثة أوجه:

وجه يستحلف عند الكل وهو القصاص والأموال.

ووجه لا يستحلف عند الكل، وهو الحدود.

ووجه لا يستحلف عند أبي حنيفة، ويستحلف عندهما، وهي المسائل السبعة التي ذكرها المصنف.

ثم قال: وقالوا: لا يحلف في واحد وثلاثين خصلة، بعضها مختلف فيه، وبعضها متفق عليه، وعدّ منها السبعة المذكورة.

ومنها: إذا ادعى رجل أو امرأة على رجل أنه قذفه.. لا يحلف المنكر في قولهم.

ومنها: إذا ادعى الزنا.. لا يحلف، إلا إذا تضمن حقاً؛ بأن علق عتق عبده بالزنا بأن قال: إن زينت أنا.. فأنت حر، فادعى العبد أنه قد زنى بعد حلفه، ولا بينة للعبد على زنى المولى، والمولى منكر للزنا.. له أن يستحلف المولى، حتى لو نكل بعد الاستحلاف.. يحكم القاضي بالعتق دون الزنا، على ما ذكره صدر الشهيد.

ومنها: إذا ادعى السرقة وأنكر.. لا يحلف في حق القطع، ولكن يحلف في حق ضمان المال على ما سيأتي بيانه.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن المدعى عليه تزوج ابنته فلانة منه وهي صغيرة، فأنكر الأب وطلب المدعي يمينه؛ إن كانت البنت صغيرة وقت الخصومة.. لا يستحلف الأب عند أبي حنيفة؛ لوجهين:

أحدهما: [٣٢٤/أ] أنه لا يرى اليمين في النكاح.

والثاني: أن اليمين للنكول.

وعنه: إذا أقر الأب على ابنته الصغيرة بالنكاح.. لا يصح إقراره.

وعند أبي يوسف ومحمد: يستحلف الأب؛ لأنه لو أقر عليها بالنكاح.. يصح إقراره عندهما.

وإن كانت كبيرة وقت الخصومة.. لا يستحلف الأب عند الكل.

أما عند أبي حنيفة: فلما ذكرنا.

وأما عندهما: فلأنها إذا كانت كبيرة.. كان الأب بمنزلة الوكيل، والوكيل بالنكاح لا تتوجه عليه الخصومة، فلا يستحلف.

ومنها: رجل ادعى على رجل أنه زوج منه أمته فلانة على مائة درهم، فأنكر المولى.. لا يحلف المولى عند أبي حنيفة، ويحلف عندهما.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن فلاناً مات وأوصى إليك ولي عليه دين، فأنكر المدعى عليه الإيصاء، أو أقر بالإيصاء وأنكر الدين.. لا يمين عليه عندهم.

ومنها: رجل ادعى على رجل أن فلاناً وكلك بطلب حقوقه وكالة عامة، ولي على موكلك كذا، فأنكر المدعى عليه الوكالة، أو أقر الوكالة وأنكر الدين.. لا يحلف كالوصي.

ومنها: رجل في يديه شيء من الأعيان، فقدمه رجلان إلى القاضي، وادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من ذي اليد بكذا، فأقر المدعى عليه لأحدهما بعينه أنه باعه منه وأنكر للآخر، فقال الآخر للقاضي: حلِّف المدعى عليه لي أنه لم يبع مني.. فإنه لا يحلفه.

وكذا لو أنكرهما فحلفه القاضي لأحدهما فنكل وقضى عليه بالنكول، ثم قال الآخر: حلفه لي.. فإنه لا يحلفه.

ومنها: لو ادعيا على رجل الهبة مع التسليم إليها، فأقر ذو اليد الهبة لأحدهما بعينه، وطلب الآخر يمينه.. لا يحلف.

وكذا لو حلف لأحدهما فنكل فقضي له.. لا يحلف للآخر.

ومنها: لو ادعى أحدهما: الرهن والتسليم، والآخر الشراء، فأقر بالرهن وأنكر البيع.. لا يحلفه للمشتري.

ومنها: لو ادعى أحدهما: الإجارة، والآخر الشراء، فأقر بالإجارة وأنكر البيع.. لا يحلف لمدعي الشراء، ويقال لمدعي الشراء: إن شئت.. تنتظر حتى تنقضي مدة الإجارة، وإن شئت.. تفسخ.

ومنها: لو ادعى أحد الرجلين الصدقة والقبض، والآخر الشراء، فأقر بأحد الأمرين.. لا يستحلف للثاني.

ومنها: لو ادعى كل واحد منهما الإجارة، فأقر لأحدهما، أو حلف ونكل.. لا يحلف للآخر.

بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل.. فإنه يحلف للثاني، كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما.. يحلف للثاني.

وكذا الإعارة.

ومنها: إذا ادعى البائع على الوكيل بالشراء رضا [٣٢٤/ب] الموكل بالعيب.. لم يحلف الوكيل بالشراء حين أراد الرد بالعيب على البايع.

ومنها: رجل مات فادعى رجل أن الميت فلاناً أوصى إلي وإلى هذا الذي قدمته إليك، فأنكر الذي قدمه، فسأل المدعي من القاضي يمينه.. فإن القاضي لا يحلف.

وكذلك الوكالة.

ومنها: امرأة بالغة زوّجها وليها وهي بكر، فادعى الزوج أنه زوجها برضاها، فأنكرت المرأة.. لا تحلف هي في قول أبي حنيفة.

ومنها: امرأة زوّجها وليها من رجل، وقبل النكاح عن الرجل أجنبي، وادعى أنه وكيل الزوج بالنكاح، ثم أنكر الزوج وكالته وقال: ما كنت وكلته ولا رضيته، وأرادت المرأة تحليفه.. لا يحلف الرجل في قول أبي حنيفة.

ومنها: رجل استصنع رجلاً في شيء، ثم اختلفا في المصنوع، فقال المستصنع: لم تفعل ما أمرتك، وقال الصانع: فعلت.. قالوا: لا يمين فيه لأحدهما على الآخر.

ومنها: لو ادعى الصانع على رجل أنك استصنعت إلي في كذا، وأنكر المدعى عليه.. لا يحلف.

ومنها: لو ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه وبالخصومة، فأنكر المديون.. لا يحلف المديون عند أبي حنيفة، ويحلف عندهما، على ما ذكره بعض مشايخنا.

وقال بعضهم: يحلف في قولهم جميعاً.

ومنها: رجل قدم رجلاً إلى القاضي وقال: إن فلان ابن فلان الفلاني مات ولم يترك وارثاً غير هذا، وله على هذا الرجل الذي قدمته كذا وكذا من المال، وقال للقاضي: سله عما ادعيت.. أجابه القاضي؛ فإن سأله فكذبه المدعى عليه في جميع ذلك، فقال المدعي للقاضي: حلفه بالله ما يعلم أنه ابن فلان ابن فلان، ولا يعلم أن فلاناً مات.. قال الخصاف: روي عن أصحابنا: لا يستحلف، لكن يقال للمدعي: أقم البينة على وفاة فلان وأنك ابنه؛ فإذا أقمت البينة على ذلك.. فبعده أحلفه على ما تدعي لأبيك من المال. ثم قال الخصاف: وفيها قول آخر: أنه يستحلف على العلم كما طلب المدعي.

فقال بعضهم: ما ذكره الخصاف أنه يستحلف: قول أبي يوسف ومحمد، وما ذكره أنه لا يحلف: قول أبي حنيفة.

الكل في «قاضي خان».

وزاد عليه في «البحر» بمسألتين:

أحدهما: أن البائع إذا أنكر قيام العيب للحال.. لا يحلف عند الإمام.

ولو أقر به.. لزمه.

والثاني: أن الشاهد إذا أنكر رجوعه لا يستحلف.

ولو أقر به.. يضمن ما تلف.

وذكر نقلاً عن الإسبيجابي: ولا يستحلف الأب في مال الصبي، ولا الوصي في مال اليتيم، ولا المتولي للمسجد والأوقاف؛ إلا إذا ادعى عليهم العقد.. فإنهم يستحلفون حينئذ [٢٢٥/أ].

وَالسَّارِقُ يحلفُ فإِنْ نكلَ ضَمِنَ وَلَا يقطعُ.

وَيحلفُ الزَّوْج إِنِ ادَّعَت طَلَاقاً قبلَ الدُّخُولِ إِجْمَاعاً، فَإِن نكلَ.. ضَمِنَ نصفَ الْمهْر.

وقال في استحلاف «القنية»: وكثيرمن المواضع يكون القول فيه قوله بلا يمين، وسنذكره في الحالف.

وقال في «الدرر»: النيابة تجري في الاستحلاف، حتى يجوز أن يكون شخص نائباً عن آخر له حق على غيره في طلب اليمين على المدعى عليه، إذا عجز عن البينة لا الحلف، حتى لا يجوز أن يكون شخص نائباً عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف من قبله.. فالوكيل والوصي والمتولي وأب الصغير يستحلفون، ولكنهم لا يحلفون، إلا إذا صح إقرارهم على الأصيل؛ كالوكيل بالبيع أو الخصومة في الرد بالعيب.

(**والسارق يحلف**) يعني: إذا ادعى على رجل سرقة وأراد أخذ المال منه، وأنكره الرجل.. يحلف بالله ما له عليك المال الذي ادعاه؛ لأن المال يثبت بالشبهات، فجاز أن يثبت بالنكول عن اليمين.

بخلاف ما إذا ادعى عليه القطع؛ حيث لا يحلف؛ لما مر أنه تحليف في الحدود.

وعن محمد: أنه يقول القاضي للمدعي: ماذا تريد بالدعوى؟ فإن قال: القطع.. يقول له القاضي: الحدود لا يستحلف فيها. وإن قال: أريد المال.. يقول له: دع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال.

(**فإن نكل.. ضمن، ولا يقطع**) لا لنكول، إنما لم يقل: «في الأول دون الثاني»؛ لما فيه من الشبهة، والحدود لا تثبت بالشبهة.

(**ويحلف الزوج إن ادعت**) المرأة (**طلاقاً قبل الدخول إجماعاً؛ فإن نكل.. ضمن نصف المهر**)؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، سيما إذا كان المقصود هو المال.

وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِنِ ادَّعَت مهرهَا.

وَفِي النَّسَبِ إِنِ ادَّعى حَقاً كإِرثٍ وَنَفَقَةٍ وَغَيرها.

(وكذا) أي: يحلف الزوج (في النكاح إن ادعت) المرأة في ضمن دعوى النكاح (مهرها) ونفقتها؛ لأن ذلك دعوى المال؛ فإن نكل.. لزم المال دون النكاح.

(و) كذا يحلف المنكر (في) دعوى (النسب إن ادعى حقاً كإرث ونفقة وغيرها).

قال في «قاضي خان»: رجل ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، فأنكر المدعى عليه.. قال أبو حنيفة: لا يمين على المنكر، إلا أن يدعي عليه مالاً بسبب النسب؛ كالميراث والنفقة إذا كان ممن يستحق النفقة، فيستحلف على المال.

وعندهما: إن ادعى نسباً يثبت بإقراره.. يستحلف المنكر؛ ادعى عليه مالاً أو لم يدع.

وإن ادعى نسباً لا يثبت بإقراره؛ كالأخوة والعمومة ونحوهما؛ إن ادعى مالاً.. تسمع دعواه، ويستحلف المنكر، وإن تجرد عن دعوى المال.. لا يستحلف المنكر.

وما يصح به إقرار الرجل من النسب أربعة: الأب، والولد، والمرأة، ومولى العتاقة.

وإقرار المرأة يصح [٣٢٥/ب] **بثلاثة**: الأب، والزوج، ومولى العتاقة.

ولا يصح إقرارها بالولد؛ لأنه إقرار على الزوج.. فلا يصح؛ لأنه إقرار على الغير.

وإن ادعى مالاً بنسب بأن ادعى بأن أباهما مات وترك مالاً في يد المدعى عليه، أو ادعى أنه زمن والمدعى عليه موسر، والمدعى عليه ينكر الأخوة.. يستحلف المنكر على المال عند الكل، لا على النسب، فيستحلف بالله: ما يعلم أن له في هذه الدار نصيباً كما يدعي؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. يقضى عليه بالمال لا بالنسب.

وجنس هذه المسائل أربعة:

أحدها: الميراث.

والثانية: النفقة.

والثالثة: إذا ادعى حق الحفظ والحضانة؛ بأن قال لمن التقط صغيراً لا يعبر عن نفسه: إن هذا الصغير الذي التقطه أخي، وأنكر الملتقط.

والرابعة: إذا ادعى بطلان حق الرجوع؛ بأن وهب لإنسان هبة، ثم أراد أن يرجع فيها، فقال الموهوب له: أنا أخوك، وأنكر الواهب.. يستحلف الواهب.

والحاصل: أنه إذا ادعى بسبب النسب مالاً.. أو حقاً لازماً.. كان المقصود إثبات ذلك الحق دون النسب، فيستحلف عند الكل. انتهى.

فظهر منه: أن محل النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في مسألة النسب: هو النسب الذي يثبت بإقراره كالأبوة والبنوة.

وأما النسب الذي لا يثبت بإقراره كالأخوة ونحوها.. فهو اتفاقي بينهم؛ حيث إن ادعى فيه مالاً أو حقاً.. يستحلف المنكر فيه بالاتفاق، وإلا.. فلا يستحلف بالاتفاق.

بقي ههنا مسألة لم يذكرها المصنف، وهي: هل تقبل بينة مدعي النسب أو لا تقبل؟

ففي دعوى النسب من دعاوى «البزازية»: ادعى على آخر أنه أخوه لأبيه؛ إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا تقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً، بل ادعى الأخوة المجردة.. لا تقبل بينته؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ.

وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه، والابن والأب غائب أو ميت.. لا يصح ما لم يدع مالاً؛ فإن ادعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت المرأة على رجل أنها أمّه، أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه، فبرهن المدعي على ما قال.. تقبل؛ ادعى به [٣٢٦/أ] حقاً أو لا.

بخلاف دعوى الأخوة؛ لأنه دعوى على الغير.

ألا ترى: أنه لو أقر بأنه أبوه أو ابنه أو زوجها أو زوجته.. صح، وبأنه أخوه.. لا يكون حمل النسب.

ودعوى المرأة على آخر أنه ابنها.. يسمع استحساناً.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه لا يسمع، وهو القياس. انتهى.

والذي ظهر منه: أنه إن ادعى نسباً يثبت بإقراره.. تقبل بينته بالاتفاق؛ ادعى حقاً أو لم يدع، وعدم استحلاف المنكر فيه بدون دعوى الحق عند أبي حنيفة لا يضر قبول بينة المدعي بدون دعوى الحق؛ إذ ليس فيه حمل النسب على الغير.

وإن ادعى نسباً لا يثبت بإقراره.. لا تقبل بينته بدون دعوى الحق بالاتفاق، كما يستحلف فيه بدون دعوى الحق.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: أن دعوى الأبوة والأمومة والبنوة والزوجية من الرجل أو المرأة، وولاء العتاقة من المولى أو من العبد، وولاء الموالاة مما يثبت بإقراره.. تقبل البينة بلا حاجة إلى دعوى المال أو الحق، ولا يعتبر فيها التناقض، حتى لو نفاه ثم ادعى.. سمع وتقبل بينته.

وَفِي الْقِصاصِ؛ فَإِن نكلَ فِي النَّفس.. حُبِسَ حَتَّى يقرَّ أَو يحلفَ، وَفِيمَا دونهَا يقْتَصُّ.

وَعِنْدَهُمَا: يضمُن الْأَرْشَ فيهمَا.

وأما دعوى الأخوة والعمومة ودعوى بنوة الابن وأبوة الأب وأمومة الأم وبنوة الأخت وبنوة الأخ والخال والخالة كلها مما يثبت بإقراره.

ولا بد في صحة هذه الدعاوي وإقامة البينة عليها من دعوى المال أو الحق، ويعتبر فيها التناقض، على ما صرح به في «البحر»؛ لأنهم أرجعوها إلى دعوى المال، فكما يعتبر التناقض في دعوى المال.. كذلك يعتبر أيضاً في هذه الدعاوى.

وهل دعوى بنوة العم والخال كذلك، حتى يعتبر فيه التناقض، أو مثل دعوى الأبوة والبنوة حتى لا يعتبر فيها التناقض؟

ففي «الزيلعي» و«البحر»: أنها مثل دعوى الإخوة في اشتراط دعوى المال أو الحق؛ حيث قالا: وإن لم يثبت النسب بالإقرار.. لا تقبل بينته؛ مثل الجد وولد الولد والأعمام والأخوة وأولادهم؛ لأن فيه حمل النسب على الغير. انتهى.

وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

وفي «المحيط» السرخسي: ما يدل على أن دعوى بنوة العم مثل دعوى الأبوة في عدم اشتراط دعوى المال أو الحق في صحتها؛ معللاً بأن الغاية في دعوى بنوة العم: النسب، فلا يشترط فيها دعوى المال أو الحق، وفيه نظر، سيأتي في إقرار المريض.

(و) كذا يحلف المنكر (في) دعوى (القصاص)؛ يعني: ادعى على آخر قصاصاً في النفس أو الأطراف، فأنكره.. يستحلف المنكر بالإجماع.

(**فإن نكل في النفس.. حبس حتى يقر أو يحلف، وفيما دونها.. يقتص**) عند [٣٢٦/ب] أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمن الأرش فيهما**)؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما من حيث

إنه لم يصرح الإقرار.. فلا يثبت به القصاص، ويثبت به المال؛ كما لو أقر بالخطأ، والولي يدعي العمد، فأشبه الخطأ في كون امتناع القصاص من جانب من عليه.

بخلاف ما إذا أقام على القصاص رجلاً وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة؛ حيث لا يقضى بشيء من القصاص والمال؛ لأن الحجة قامت على القصاص، لكن تعذر استيفاؤه من جانب من له الاستيفاء، فلم يشبه الخطأ.. فلا يجب شيء، ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس والأطراف.

والفرق بين هذا وبين السرقة؛ حيث ثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول، وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة: أن الأصل في السرقة: المال، والقطع بطريق التعدي منه إليه، وإذا لم يتعد.. بقي على الأصل.

وههنا الأصل المشهود به: هو القصاص، ثم يتعدى منه إلى المال إذا وجد شرطه، ولو يوجد في صورة شهادة رجل وامرأتين؛ لعدم شبهها بالخطأ.

ولأبي حنيفة: الأطراف يسلك بها مسلك الأموال؛ لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال، فيجري فيها البذل، حتى لو قال: اقطع يدي، فقطعها.. لا يجب الضمان لعمل البذل.

بخلاف الأنفس؛ حيث لا يجري فيها البذل، حتى لو قال: اقتلني، فقتله.. يؤخذ بالقصاص في رواية.

وبالدية في أخرى.

فإن قيل: لو كانت يسلك بها مسلك الأموال.. لجاز قطع يده من غير إثم إذا قال: اقطع يدي.

قلنا: إنما لا يباح؛ لعدم الفائدة، حتى لو كان القطع مفيداً كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع.. لا يأثم بفعله، وما نحن فيه وهو البذل بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به، فيكون مباحاً.

فإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي: لي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، وَطلبَ يَمِينَ خَصمِه.. لَا يُحَلَّفُ، ....

فإن قيل: قد مر في السرقة: أن القطع لا يثبت بالنكول.

قلنا: إن الأطراف إنما سلك بها مسلك الأموال في حقوق العباد؛ لاحتياجهم، فيثبت بالشبهات؛ كالأموال.

والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهات.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: أن في كيفية التحليف في القتل روايتين:

في رواية: يستحلف على الحاصل بالله: ما له عليك دم ابنه فلان، ولا دم عبده فلان، ولا دم وليه فلان، ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذي يدعى.

وفي رواية: يحلف على السبب بالله: ما قتلت فلان ابن فلان [٣٢٧/أ] عمداً.

وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك.. يحلف على الحاصل بالله: ما له عليك قطع هذا اليد، ولا له قبلك حق بسببها.

وكذلك في الشجاج والجراحات التي يجب فيها القصاص. (**فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة**) في المصر (**وطلب يمين خصمه.. لا يحلف**) عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إنه يحلف.

وقول محمد مضطرب.

وفي «شرح النقاية» والصحيح: قول أبي حنيفة.

لأبي يوسف: أن اليمين حقه؛ لما روينا مرفوعاً: «ألك بينة»، فقال: لا، فقال: «لك يمينه»؛ فإذا طالبه بحقه.. يجيبه به.

ولأبي حنيفة: أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه، فلا يكون حقه دونه.

ومحمد لما رأى الوجهين متعارضين.. اضطرب قوله، في رواية الخصاف: مع أبي يوسف. وفي رواية الطحاوي: مع أبي حنيفة.

ويكفلُ بِنَفسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَإِن أَبى.. لَازَمه وَدَار مَعَه حَيْثُ دَار.

وإنما قيدنا الحضور بالمصر؛ لأنه لو كان حاضراً في مجلس القضاء.. لا يحلف بالاتفاق.

وإنما الخلاف فيما ذكرناه، كذا في «البحر».

وفيه أيضاً: أنه لو قال: لي بينة غُيَّبٌ مسيرة سفر.. يحلف بالاتفاق، ثم لو حضروا.. قبلت شهادتهم وإن شرطِ عدم سماعهم عند التحليف.

وكذا لو قال: لا بينة لي واستحلف، ثم حضر له بينة.. تقبل على الصحيح، وقد تقدم من قبل.

(ويكفل) أي: يطلب كفيلاً استحساناً **(بنفسه)**؛ نظراً للمدعي.

وله أن يطلب وكيلاً بالخصومة.

وصح أن يكون الواحد وكيلاً بالخصومة وكفيلاً بالنفس؛ لأن الواحد يقوم بهما.

أطلق في الخصم حيث أضاف النفس إليه.. فشمل: من كان وجيهاً وحقيراً والمدعي فقيراً أو بالعكس على ما هو الصحيح.

وعن محمد: أن المدعى عليه إذا كان معروفاً وجيهاً لا يخفى شخصه بذلك القدر.. لا يجبر على ذلك، وإن سمحت نفسه بذلك.. يؤخذ **(ثلاثة أيام)** على ما روي عن أبي حنيفة.

وروي عن أبي يوسف: أنه يكفل إلى أن يجلس القاضي مجلساً آخر، ولو سبعة أيام. قيل: هو الأرفق.

وقيل: هذا في الزمن الأول، وأما في زماننا.. فالأرفق هو الأول؛ لأنه في زماننا يحبس كل يوم بلا فصل، وصححه في «الهداية».

(فإن أبى) عن إعطاء الكفيل **(.. لازمه)**؛ كيلا يضيع حقه، **(ودار معه حيث دار)** تفسير للملازمة؛ فإذا دخل داره.. يحبس بابه، ولا يمنعه عن الوضوء والغسل

وَإِن كَانَ غَرِيباً.. يكفلُ أَو يلازمُ قدرَ مجْلِسِ القَاضِي.

وَالْيَمِينُ: بِاللَّه تَعَالَى، لَا بِطَلَاقٍ وعتاقٍ.

وَقيل: إِن أَلحَّ الْخصمُ.. صَحَّ بهما فِي زَمَاننَا.

والغداء والعشاء والعمل، إلا إذا أدّى مؤنته.

واعلم: أن التكفيل والملازمة عند الإباء عنه.. فيما إذا قال: لي بينة حاضرة.

وأما إذا قال: لا بينة لي، أو شهودي غيب.. لا يكفل، ولا يؤمر بالملازمة؛ لعدم الفائدة فيه؛ لأن [٣٢٧/ب] الفائدة هي الإحضار عند حضور الشهود، ولا شهود له، بل يحلف، وفي كلام المصنف إشارة إليه.

ثم هذا إذا كان المدعى عليه مقيماً.

(**وإن كان غريباً**) أي: مسافراً (.. **يكفل أو يلازم قدر مجلس القاضي**) من أوله إلى آخره؛ لأن في الزيادة عليه ضرر منع السفر.

وفي «قاضي خان»: إن المسافر لا يكفل، بل يؤجل إلى آخر المجلس.

وفي «الخزانة»: أنه يكفل يوماً، ثم إن أقام المدعي البينة في المدة المضروبة.. فبها، وإلا.. يحلف أو يدعه.

وفي «البزازية»: لو كان المدعى عليه مسافراً وعرف منه ذلك.. لا يكفل، بل يؤجل إلى آخر المجلس؛ فإن برهن.. فبها، وإلا.. خلى سبيله.

ولو قال: أنا أخرج غداً أو إلى ثلاثة أيام.. يكفله إلى وقت الخروج، وإن أنكر الطالب خروجه.. نظر إلى زيّه، أو بعث من يثق به إلى رفقائه؛ فإن قالوا: غداً الخروج معنا.. يكفله إلى وقت الخروج. انتهى.

ثم شرع في بيان كيفية اليمين فقال: (**واليمين بالله تعالى**) لا بغيره؛ لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً.. فليحلف بالله أو ليذر»، (**لا بطلاق وعتاق**) في ظاهر الرواية؛ لما روينا.

(**وقيل: إن ألحَّ الخصم.. صح بهما في زماننا**) لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى.

وتغلَّظُ بِذكرِ صِفَاته تَعَالَى إِن شَاءَ القَاضِي.

ويحترزُ منَ التّكْرَارِ.

لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين بهما.. لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعاً، ولو قضى به.. لم ينفذ القضاء، على ما في «العناية».

وفي «البزازية»: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة.. لم يجوّزه أكثر مشايخنا، وإن مسته الضرورة.. يفتى بأن الرأي إلى القاضي؛ فلو حلفه بالطلاق فنكل وقضى بالمال.. لا ينفذ.

ثم قال: وإن حلف بالطلاق، ثم برهن المدعي على المال؛ إن شهدوا على الإقراض.. لا يفرق بينه وبين امرأته؛ لأن بقاء الدين بالاستصحاب والحلف كان على عدم قيام الدين، وقيام الدين لم يثبت بدليل يكون حجة، وإن شهدوا على قيام الدين؛ فإن قالوا: له عليه كذا وقضى به القاضي.. يفرق بينه وبين امرأته. انتهى.

قلت: لو قال: «والحلف لم يكن على قيام الدين».. لكان أولى.

(**وتغلظ**) اليمين (**بذكر صفاته تعالى**) بلا عاطف؛ لئلا يتكرر، وذلك بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، أو بالله الرحمن الرحيم الذي يعلم السر والخفا ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه.

(**إن شاء القاضي**)؛ لأن حق المدعي هو اليمين لا التغليظ، بل هو إلى القاضي إن رأى فيه مصلحة.. يغلظ بما شاء من صفاته تعالى.

وقيل: ينظر إلى حال المدعى عليه؛ إن عرفه بالصلاح.. لا يغلظ، بل يكتفى بذكر اسم الله تعالى، ولا يذكر الصفة [٣٢٨/أ]، وإن عرفه على غير ذلك.. يغلظ فيذكر الاسم والصفة معاً ويبالغ فيه.

وقيل: ينظر إلى حال المدعى به؛ إن كان مالاً خطيراً.. غلظ، وإن كان حقيراً.. لا يغلظ.

(**ويحترز من التكرار**)، وذلك بذكر حرف العطف أو غيره؛ لأن المستحق يمين واحد.

لَا بِزَمَانٍ أَو مَكَانٍ.

وَيُحلَّفُ الْيَهُودِيُّ: بِاللَّه الَّذِي أنزل التَّوْرَاة على مُوسَى عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام.

وَالنَّصْرَانِيُّ: بِاللَّه الَّذِي أنزل الْإِنْجِيل على عِيسَى عَلَيْهِ الصَّلَاة وَالسَّلَام.

والمجوسيُّ: بِاللَّه الَّذِي خَلَق النَّارَ.

والوثنيُّ: بِاللَّه.

وَلَا يُحلَّفُونَ فِي معابدِهِم.

وهل يكتفى بيمين أحد الورثة، أو يحلف كل منهم؟

ففي الفصل السادس عشر من «العمادية»: لا يكتفى، بل يحلف كل واحد مستقلاً؛ حيث قال: لو ادعى على ميت مالاً، وله ورثة.. فله أن يحلف الورثة كلهم على علمهم، ولا يكتفى بيمين أحدهم. انتهى.

(**لا**) يغلظ المسلم - كذا في «العناية» - (**بزمان أو مكان**) أي:

في الوقت الشريف كأول الجمعة أو ليلة القدر مثلاً.

أو في المكان الشريف كبين الركن ومقام إبراهيم مثلاً؛ لأن المقصود تعظيم المقسم به، وقد حصل ذلك بدونهما.

وفي إيجابه حرج على القاضي بحضوره فيهما.

(**ويحلف اليهودي: بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام والنصراني: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه الصلاة والسلام والمجوسي: بالله الذي خلق النار**)؛ لأنه يغلظ على كل أحد بذكر معتقده، ومعتقدهم هكذا.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً.

(**والوثني: بالله**)، وسائر المشركين كذلك؛ لأنهم قالوا: ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾، فلا يغلظ بضم الغير.

(**ولا يحلفون في معابدهم**)؛ لأن القاضي لا يحضرها؛ لما فيه من التعظيم المنهي عنه.

وَيحلَّفُ على الْحَاصِلِ؛ فَفِي البيعِ وَالنِّكَاحِ: بِاللَّه مَا بَيْنكُمَا بيعٌ قَائِمٌ، أَو نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَال.

وَفِي الطَّلَاق: مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْك الْآن.

(ويحلف على الحاصل)، شروع في بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو اليمين على الحاصل أو السبب.

والضابط في ذلك: أن السبب؛ إما أن كان مما يرتفع برافع أو لا.

فإن كان الثاني.. فالتحليف على السبب بالإجماع.

وإن كان الأول؛ فإن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل.. فكذلك، وإن لم يتضرر.. يحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى السبب عند أبي يوسف، إلا إذا عرض المدعى عليه برفع السبب على ما سيأتي بيانه.

(ففي البيع والنكاح: بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم في الحال)؛ يعني: إذا ادعى المشتري الشراء منه، وأنكره البائع.. يحلف البائع بالله: ما بينكما بيع في الحال، ولا يحلف بالله ما بعت منه؛ لأنه قد تباع العين ثم تقال فيه، فيحلف على الحاصل؛ حذراً عن الإقالة، وفيه تفصيل سنذكره.

وإذا ادعت المرأة مهرها أو نفقتها في ضمن دعوى النكاح.. يحلف بالاتفاق بالله: ما بينكما نكاح قائم في الحال، ولا يحلف ما نكحت؛ لأنه قد يتزوج، ثم يخالع (وفي الطلاق: ما هي بائن منك الآن)، ولا يحلف: ما طلقت؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل [٣٢٨/ب].

هذا إذا ادعت الطلاق البائن.

وإن ادعت الرجعي.. يحلف على السبب في رواية، وعلى الحاصل في رواية.

وفي «البزازية»: ادعت على زوجها تطليقة رجعية.. يحلف بالله ما هي طالق منك الساعة.

وإن ادعت البائن.. ففي ظاهر الرواية: بالله ما هي بائن منك الساعة بواحدة أو

ثلاث، على حسب الدعوى، أو: بالله ما طلقها البائن أو الثلاث في هذا النكاح المدعى.

ولا يحلف: ما طلقتها ثلاثاً مطلقاً.

وكذا لو لم تدعي، ولكن شهد واحد عدل أو جماعة فساق بالبائن.. يحلف على الحاصل.

لو ادعت أنها سألته الطلاق، فقال لها: أمرك بيدك، فاختارت بذلك التفويض نفسها، وحرمت عليه، وأنكر الزوج الأمر بالاختيار.. لا يحلفه على الحاصل بلا خلاف.

ويحلف على السبب، ويحتاط فيه له، ويحلف بالله: ما جعلت أمرها بيدها منذ آخر تزوج تزوجتها بعد سؤالها الطلاق، ولا علمت أنها اختارت نفسها بذلك التفويض في مجلس التفويض؛ لجواز الإيقاع بالتفويض والتزوج بعده.

فلو أطلق.. لم يتمكن الزوج من الحلف؛ فلو أقر الزوج بهذا، ثم ادعى النكاح.. لا يصدق بلا بينة.

وقال أبو يوسف: إنه يحلف على الأمر والاختيار كما لو ادعت المرأة، إلا إذا عرض.

وقيل: عند الكل يحلف كما ادعت؛ فإن أقر بالأمر وأنكر الاختيار.. يحلف على عدم العلم بالاختيار. انتهى.

ثم ذكر فيها في التحليف في مسألة البيع تفصيلاً بما حاصله: أن المدعي في البيع لا يخلو من أن يكون بائعاً أو مشترياً؛ فإن كان بائعاً.. فلا يخلو من أن يذكر في دعواه تسليم المبيع، أو يذكر عدم تسليمه.

فإن ذكر تسليم المبيع.. يحلف بالله ما لهذا به تسليم عليك من العبد الذي يدعي أنه باعك، وعلى قياس قول أبي يوسف: يحلف على الشراء بالله ما اشتريت.

وَفِي الْغَصْبِ: مَا يجبُ عَلَيْك ردُّه.

وإن ذكر أنه لم يسلم المبيع.. يحلف: ما عليك من هذا العبد وقبض العبد، ولا شيء منه.

قال الإمام أبو حنيفة لا أحلفه: ما اشتريتَ، ولا ما أودعك، ولا ما أعارك، ولا ما استأجرت منه، ولكن أحلفه: ما له قبلك ما ادعى، وهو قولهما.

وإن كان المدعي مشترياً.. فلا يخلو أيضاً من أن يذكر تسليم الثمن، أو يذكر عدم تسليمه.

فإن ذكر تسليم الثمن.. يحلف على الحاصل أيضاً، إلا رواية عن أبي يوسف.

وإن ذكر عدم تسليمه الثمن.. يقال له: أحضر الثمن؛ فإن أحضره مجلس القضاء.. يحلف: ما عليك قبض الثمن، ولا تسليم المبيع من الوجه الذي يدعي.

وعن أبي يوسف: أنه إن ادعى مالاً مطلقاً.. يحلف عليه، وإن ادعى مالاً بسبب.. يحلف [٣٢٩/أ] على السبب بالله: ما استقرضت هذا المال، أو ما غصبت منه.

إلا أن يقول المدعى عليه: لا تحلفني هكذا؛ فإنه قد يستقرض، ثم لا يكون ذلك المال عليه بأن يرده أو أن يبرأه، وبه أخذ بعض المشايخ.

وقال الإمام الحلواني: ينظر إلى جواب المدعى عليه؛ إن أنكر السبب.. يحلف عليه، وإن قال: ليس له على هذا المال المدعى.. فعلى الحاصل بالله: ما له عليك هذا المال الذي يدعي، ولا شيء منه، وهو أحسن الأقاويل عندي. وعليه أكثر القضاة. انتهى.

(وفي الغصب: ما يجب عليك رده).

توضيحه على ما في «الخلاصة» و«البزازية»: أن المدعي في دعوى الغصب لا يخلو؛ إما أن قال: العبد المغصوب قائم في يده، أو قال: هالك، أو قال: لا أدري.

• فإن قال: إنه قائم في يده.. فالغاصب لا يخلو؛ إما أن يقر أنه قائم في يده أو ينكر:

• فإن أقر.. يؤمر بإحضاره بلا ذكر القيمة، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «القدوري»: لابد من ذكر القيمة والصفة، ولو كان دابة.. لا بد من ذكر سنها وقيمتها.

فإن أحضره.. يحلف بالله ما هذا الشيء ملك هذا المدعي من الوجه الذي ادعاه، ولا شيء منه.

وإن ذكر القيمة في الحلف.. يكون أحسن على ما أشار إليه محمد.

وذكر الخصاف: لا بد من ذكر القيمة؛ فإن ذكر.. يحلف بالله: ما لهذا المدعي في يدك هذا الشيء الذي يدعيه، ولا شيء منه من الوجه الذي يدعي، ولا له عليك قيمته، ولا شيء منه.

• وإن أنكر؛ فإن برهن المدعي أنه قائم في يده.. حبس حتى يجيء به؛ فإن مضى زمان ولم يحضره وقال: لا أقدر عليه، أو قال هلك.. فإنه يتلوم الحاكم، وصدقه موكول إلى رأي القاضي؛ إن وقع في قلبه صدقه وكان الشهود بيَّن قيمة ذلك الشيء.. يقضي بالقيمة.

وإن لم يكن للمدعي بينة.. فالقول للغاصب مع يمينه.

فإن حلف فنكل وأعطي المالك القيمة بقول المالك، ثم ظهر العبد.. فهو للغاصب.

وإن حلف وأعطاه القيمة، ثم ظهر العبد.. فالمالك بالخيار؛ إن شاء.. رد القيمة وأخذ العبد، وإن شاء.. رضي بالقيمة.

وفي «الأصل» إن كان القضاء بالقيمة بالبينة أو النكول أو إقرار الغاصب.. لا سبيل للمالك إلى العبد، وإن كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب.. يخير المالك؛

وَفِي الْوَدِيعَة: مَا لَه هَذَا الَّذِي ادَّعَاهُ فِي يدك وَدِيعَةً وَلَا شَيْءٌ مِنْهُ، وَلَا لَهُ قِبَلَك حقٌّ.

لَا على السَّبَب؛ ....

سواء أكان قيمته مثل ما أخذ أو بينهما تفاوت هذا كله إذا قال: إنه قائم في يده.

- وأما إذا ادعى الهلاك أو قال: لا أدري.. فإنه يشترط لصحة الدعوى: بيان القيمة باتفاق الروايات.

فإذا بيّن القيمة وذكر قدرها.. يحلف بالله [٣٢٩/ب] ما لهذا عليك قيمة هذا العبد، ولا شيء منه وهو كذا، وإن قال: لا أدري أنه قائم أو هالك.. يحلف بالله ما لهذا المدعي في يدك هذا الشيء، ولا شيء منه، ولا قيمته من الوجه الذي يدعي، ولا له عليك، ولا قبلك هذا المدعى به، ولا قيمته، ولا شيء منه.

والتحليف على هذا الطريق لا يختلف في ظاهر الرواية بين ما ادعى الغصب أو ادعى العبد مثلاً بلا ذكر الغصب.

وعلى قول أبي يوسف: إن ادعى الغصب.. يحلف بالله ما غصبته، إلا إذا عرَّض.

وقال: قد يغصب الإنسان الشيء ثم لا يلزمه تسليمه؛ بأن اشتراه منه أو وهبه.. فحينئذٍ يحلف على الحاصل بالإجماع.

وهذا التفصيل يجري في دعوى السرقة أيضاً.

(**وفي الوديعة: ما له هذا**) الشيء (**الذي ادعاه في يدك وديعة، ولا شيء منه، ولا له**) أي: للمدعي (**قبلك حق، لا على السبب**) أي: لا يحلف على السبب من الغصب والوديعة والبيع والنكاح والسرقة والعارية والكفالة ونحوها من الأسباب.. بل يحلف على الحاصل.

ففي العارية: يحلف مثل ما قال في الوديعة.

وفي الكفالة: يحلَّف بالله: ما له قبلك كفالة بذلك المال، ولا يحلف.

نَحْوُ: بِاللهِ مَا بِعته، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(نحو: بالله) ما كفلت (ما بعته، خلافاً لأبي يوسف)؛ فإنه قال: يحلَّف على الأسباب في جميع هذه الأشياء: بالله ما بعته، وما نكحتها، وما طلقتها، وما أودعته، وما أعرته، وما غصبته، وما سرقته، وما كفلته.

له: أن اليمين إنما يستوفى لحق المدعي، فوجب أن يكون مطابقاً لدعواه، والمدعى هو السبب على ما هو الفرض، فيحلف عليه، إلا عند تعريض المدعى عليه برفع السبب عند قول القاضي: احلف بالله ما غصبت، أو ما أودعت، أو ما أعرت؛ بأن قال: قد يغصب الإنسان.

ثم لا يلزمه تسليمه: بأن اشتراه منه، وبأن قال: قد يبيع الإنسان شيئاً ثم يُقال.. فحينئذٍ: يحلف على الحاصل أيضاً.

وعنه أيضاً: أنه ينظر القاضي إلى إنكار المدعى عليه؛ إن أنكر السبب.. يحلف عليه، وإن أنكر الحكم.. يحلف على الحاصل واختاره الإمام الحلواني، وعليه أكثر القضاة، وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

ولهما: أن هذه الأسباب قد ترتفع برافع بأن باع ثم تقايلا، أو نكحها ثم طلقها أو أبانها، أو طلقها ثم راجعها أو نكحها، أو غصبه ثم سلم أو ملكه بالشراء أو بالهبة.

وكذا في السرقة والوديعة؛ فلو حلف على الأسباب في هذه الأشياء.. لتضرر المدعى عليه؛ لأنه لو حلف على نفي السبب.. لكان كذباً، ولو لم يحلف.. قضي عليه [٣٣٠/أ] بالنكول، ولا كذلك لو حلف على الحاصل؛ لأنه إن كان محقاً.. أمكنه الحلف، فلا يتضرر.

أقول: إن المدعى عليه إن كان محقاً في إنكاره السبب.. أمكنه الحلف على إنكاره، فلا يتضرر، واحتمال وجود الرافع من الإقالة وغيرها يحتاج إلى إقامة البينة؛

فَإِن كَانَ فِي الْحَلِفِ على الْحَاصِل ترْكُ النّظرِ للْمُدَّعِي.. حُلِّفَ على السَّبَبِ إِجْمَاعاً؛ كدعوى الشُّفْعَةِ بالجوارِ، وَنَفَقَةِ المبتوتةِ، والخصمُ لَا يراهما. وَكَذَا فِي سَبَبٍ لَا يرْتَفعُ؛ كَعبدٍ مُسلمٍ يَدعِي الْعتْقَ، ....

فإن أقام البينة.. فبها، وإلا.. يحلف المدعي في إنكار وجود الرافع، وبه يظهر قوة قول أبي يوسف.

(**فإن كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي.. حلف على السبب إجماعاً**).

وإن كان السبب مما يرتفع برافع (**كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم**) أي: المشتري والزوج (**لا يراهما**) بأن كان شافعياً؛ لأنه لو حلف على الحاصل بالله: ما لها عليك النفقة، أو ما هو مستحق بالشفعة.. صدق في يمينه؛ بناء على اعتقاده، فيبطل حق المدعي ويتضرر به، فيحلف على السبب بالله: ما اشتريت هذه الدار التي تبناها بكذا، أو بالله: ما هي معتدة منك.

فإن قيل: بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه؛ لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب، وهو ليس بأولى بالضرر من المدعي؟

أجيب: بأن القاضي لا يجد بداً من إلحاق الضرر بأحدهما، والمدعي يدعي ما هو أصل؛ لأن الشراء إذا ثبت.. ثبت الحق له، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل، حتى يقدم الدليل على العارض.

(**وكذا**) أي: يحلف على السبب بالإجماع (**في سبب لا يرتفع**) برافع؛ (**كعبد مسلم يدعي العتق**) على مولاه، وجحد المولى.. يحلف على السبب بالله: ما أعتقت؛ لعدم تكرره؛ لأنه إنما يتكرر بوقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمتصور؛ لأنه يقتل بالارتداد.

وكذا يحلف على السبب بالإجماع فيما إذا ادعى على الغير أنه وضع على حائطه خشبة، أو بنى عليه، أو أجرى ميزاباً على سطحه، أو في داره، أو رمى تراباً أو

بِخِلَافِ الْكَافِرِ وَالْأَمَةِ.

ميتة في أرضه، أو شق في أرضه نهراً: بالله ما فعلت كذا؛ لعدم ارتفاع هذه الأسباب برافع.

(**بخلاف**) العبد (**الكافر والأمة**) وإن كانت مسلمة؛ فإن الرق قد يتكرر على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق، وعلى الأمة بالردة واللحاق؛ لعدم القتل عليها بالارتداد.

لما ذكر اليمين على السبب أو على الحاصل.. شرع في بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو اليمين على العلم أو البتات، قال في «العناية»: والضابط فيه: أن الدعوى إذا وقعت على فعل غير المدعى عليه.. كان الحلف على العلم.

وإن وقعت على فعل المدعى عليه.. كان على البتات [٣٣٠/ب].

وفي «البزازية»: والدعوى: إن وقع على فعل المدعى عليه من كل وجه؛ بأن ادعى عليه الفعل.. يحلف على البتات.

وإن وقع على فعل الغير من كل وجه؛ بأن ادعى ديناً على مورثه بسبب الاستهلاك، أو ادعى أن مورثه غصب أو سرق.. فعلى العلم.

إلا إذا كان شيئاً يتصل به؛ كما إذا برهن المشتري على إباق العبد المشترى أو سرقته عنده؛ فإنه يحلف البائع على البتات؛ لاتصال التسليم به أو ينفي التهمة به عن نفسه؛ كالمودع يدعي قبض المودع الوديعة من داره.. فإن المودع يحلف على البتات، والقبض فعل الغير، وهو صاحب الوديعة.

وإن وقع على فعل المدعى عليه من وجه، وفعل الغير من وجه؛ بأن قال: اشتريت مني أو استأجرت مني أو استقرضت مني؛ فإن هذه الأفعال تقوم باثنين: فعل غيره، وفعل نفسه.. فيحلف على البتات.

وقيل: التحليف على فعل الغير: على العلم، إلا إذا كان يدعي العلم بفعل الغير؛ كالمودع يدعي أن ربّ الوديعة قبض الوديعة مني.

وَمن ورثَ شَيْئاً فَادَّعَاهُ آخرُ.. حُلِّفَ على الْعلمِ.

وَإِن شراهُ أَو وُهِبَ لَهُ.. فعلى الْبَتَاتِ.

وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن وأنكر الموكل.. فالقول قول الوكيل مع يمينه على البتات: بالله لقد قبض الموكل الثمن، والقبض فعل الغير.

وإذا حلفه.. برئ المشتري. انتهى.

وذكر قبل هذا أيضاً: أن من له حق الحلف على البتات إذا حلَّف القاضي خصمه على العلم.. يبقى لخصمه حق البتات، حتى لو نكل عن اليمين على العلم فقضى بالنكول.. لا ينفذ قضاؤه.

وفي العكس: على العكس؛ بأن يوجب الحلف على العلم فحلف على البتات.. يسقط الحلف على العلم، ويقضى لو نكل؛ لأن الحلف على البتات أقوى.

فقال: (**ومن ورث شيئاً فادعاه آخر.. حلف على العلم**)؛ لأنه لا علم له بما صنع المورث، فلا يحلف على البتات، بل يحلف على العلم: بالله ما علمت أن هذا الشيء للمدعي.

(**وإن شراه أو وهب له.. فعلى البتات**)؛ أي: اشترى شيئاً أو وهب له، وادعى ثالث أنه له، وأراد المدعي تحليف المدعى عليه.. يحلف على البتات: بالله ما هو له؛ لوجود المطلق باليمين؛ لأن كلاً من الشراء والهبة سبب اختياري شرعاً، فيعلم ما صنع، بخلاف الإرث؛ لأنه ليس بسبب اختياري ثبت بالمباشرة، بل اضطراري.. فلا يعلم ما صنع المورث، فيحلف على العلم. كذا في «الهداية» وشروحه.

وقال في «البزازية»: والفقه فيه: أن الوارث خلف عن الميت، ولا تجري النيابة في اليمين حتى يحلف على البتات، والمشتري أصل بنفسه لا نائب عن غيره.. فيحلف على البتات.

وإن اختلفا؛ فقال المدعى عليه: هو [٣٣١/أ] ميراث عندي.. حلف على العلم،

وَلَو افتدى الْمُنكرُ يَمِينه أَو صَالَح عَنْهَا على شَيْءٍ.. صَحَّ وَلَا يُحَلَّفُ بعدَهُ.

وقال المدعي: وصل إليك بالشرط.. حلف على البتات؛ يحلف المدعي على العلم: بالله ما لم يعلم أنه وصل إليه بميراث؛ فإن حلف.. يحلَّف المدعى عليه على البتات، وإلا.. على العلم. انتهى.

(ولو افتدى المنكر يمينه) بإعطاء ما ادعاه المدعي من المال (أو صالح عنها) أي: عن اليمين (على شيء.. صح)؛ يعني: ادعى رجل على آخر مالاً، وأنكره الآخر، واستحلفه المدعي، وافتدى يمينه أو صالح على شيء.. صح، على ما هو المأثور عن عثمان، روي أنه ادُّعي عليه أربعون درهماً، فأعطى شيئاً وافتدى يمينه، ولم يحلف، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قَدَرٌ يميني، فيقال: هذا بسبب يمينه الكاذبة.

(ولا يحلف بعده) أي بعد الافتداء أو الصلح أبداً؛ لأنه أسقط حقه في ضمن الفداء والصلح.. فلا يطلبه بعده.

بخلاف ما لو اشترى يمينه بمال معلوم؛ حيث لم يجز.. فله أن يستحلفه بعده؛ لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليس بمال، ولذا قيدوا بالفداء والصلح، كذا في «النهاية».

إنما قلنا: في ضمن الفداء والصلح؛ لما في الرابع عشر من دعوى «البزازية»: قال المدعي: برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت.. لا يصح، وله التحليف بعده، بخلاف البراءة عن المال؛ لأن التحليف للحاكم.. فليس له أن يسقط، فعلم منه: أن إسقاطه قصداً غير صحيح، وبه صرح في «البحر» أيضاً.

* * *

(بَابُ التَّحَالُفِ)

وَلَوِ اخْتلفَا فِي قدرِ الثّمنِ أَو الْمَبِيعِ أَو فيهمَا.. حُكِمَ لِمَن برهنَ.
وإِنْ برهنا.. فَلِمثبِتِ الزِّيَادَةِ:

(بَابُ التَّحَالُفِ)

(ولو اختلفا)؛ أي: العاقدان (في قدر الثمن)؛ بأن ادعى المشتري أقل، والبائع أكثر؛ كمائة ومائتين مثلاً، (أو) في قدر (المبيع) بأن قال البائع: إن المبيع كر من حنطة، والمشتري: إنه كران منها.

(أو فيهما)؛ بأن قال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة، والمشتري: بعتني الجارية وهذه معاً بخمسين.

(.. حكم لمن برهن)؛ لترجح جانبه بالبينة على جانب الآخر؛ إذ ليس في الجانب الآخر إلا مجرد الدعوى.

(وإن برهنا.. فلمثبت الزيادة)؛ لأن البينات شرعت للإثبات، ولا تعارض بينهما في الزيادة؛ فمثبتها كان أكثر إثباتاً، فيكون أولى.

ففي الصورة الثالثة: بينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع للزيادة؛ فالجاريتان معاً للمشتري بمائة.

إنما قيد اختلافهما بقدر الثمن؛ لأنهما لو اختلفا في جنسه [٣٣١/ب] كما لو قال البائع: بعتك هذه الجارية بعبدك هذا أو بالدنانير، وقال المشتري: اشتريتها منك بمائة درهم، وأقاما البينة.. فهي لمن لا اتفاق على قوله، وهو البائع؛ لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع في الثمن.. فبينته على حقه أولى بالقبول؛ لأن كل بينة قامت على إثبات حق نفسه: أولى من بينة قامت على إثبات حق الغير.

ولم يذكر اختلافهما في صحة العقد وفساده لعدم التحالف فيه.. ففي أحكام البيع الفاسد من «قاضي خان»: إذا اختلف المتبايعان؛ أحدهما: يدعي الصحة،

والآخر الفساد؛ إن كان مدعي الفساد يدعيه بشرط فاسد أو أجل فاسد.. كان القول قول مدعي الصحة، والبينة بينة الفساد باتفاق الروايات.

وإن كان مدعي الفساد يدعيه لمعنى في صلب العقد؛ بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل من الخمر، والآخر يدعي البيع بألف درهم.. فيه روايتان عن أبي حنيفة، في ظاهر الرواية: القول قول من يدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد كما في الأول.

وفي رواية عنه: القول قول مدعي الفساد.

ولو ادعى عبداً في يد رجل أنه اشتراه منه بألف درهم، وقال البائع: بعتك بألف درهم وشرطت أن لا تبيع ولا تهب، أو ادعى المشتري ذلك وأنكر البائع.. كان القول قول من ينكر الشرط الفاسد، والبينة بينة الآخر.

وكذا لو كان مكان الشرط الفاسد شرط الخمر والخنزير أو الشيء الذي لا يحل مع الألف.

وإن اختلفا في أصل الثمن، فقال البائع: بعتك عبدي هذا بعبدك هذا، وقال المشتري: اشتريته بألف درهم ورطل من خمر.. تحالفا وترادا.

فإن قامت البينة لهما.. يؤخذ بينة البائع.

والأصل في هذا: أنه إذا اختلف الثمنان واتفقت بينة البائع والمشتري على ثمن واحد، وزادت إحدى البينتين على ذلك ما يفسد البيع.. فالقول قول من ينكر الفساد، والبينة بينة الفساد.

وإن كان الثمنان من صنفين مختلفين وأحدهما مما يفسد البيع.. فالبينة بينة البائع.

وإن ادعى أحدهما بيع الوفاء، والآخر بيعاً باتاً.. كان القول قول من يدعي البات، والبينة بينة الوفاء.

وَإِن عَجزا عَن الْبُرْهَانِ.. قيل لَهما: إِمَّا أَنْ يرضى أَحَدكُمَا بِدَعْوَى الآخرِ، وإِلّا.. فسخنا البيعَ.

فإِنْ لم يرضَ أَحدُهمَا بِدَعْوَى الآخرِ.. تحَالفا ....

وإن اختلفا فادعى البائع أن البيع [٣٣٢/أ] كان بشرط الخيار للبائع، والآخر يدعي أن البيع كان باتاً.. ففي ظاهر الرواية: عن أبي حنيفة: القول قول من ينكر الخيار، وعنه في رواية: أنه إن كان البائع يدعي البيع بشرط الخيار لنفسه.. كان القول قوله.

وعن محمد: القول قول من يدعي الخيار، والبينة بينة الآخر.

وإن كان المشتري يدعي الخيار لنفسه، والبائع يدعي البات.. كان القول قول البائع في قول أبي حنيفة على الروايتين جميعاً.

وإن ادعى أحدهما البيع عن طوع، والآخر عن إكراه.. اختلفوا فيه، والصحيح: أن القول قول من يدعي الطوع، والبينة بينة الكره، كذا في «قاضي خان».

(**وإن عجزا عن البرهان.. قيل لهما**)؛ أي: من طرف القاضي: (**إمَّا أن يرضى أحدكما بدعوى الآخر، وإلا.. فسخنا البيع**)، فيقال للمشتري؛ إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع، وإلا.. فسخنا.

ويقال للبائع؛ إما أن تسلم ما ادعاه المشتري، وإلا.. فسخنا البيع؛ لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهته (**فإن لم يرض أحدهما بدعوى الآخر.. تحالفا**) في الصور الثلاث؛ أعني: الاختلاف في قدر الثمن، أو في قدر المبيع، أو في قدرهما.. ثم يترادان؛ لقوله ﷺ: «إذا ختلف المتبايعان والسلعة قائمة.. تحالفا وترادا»، فيحلف البائع: بالله ما باعه بما ادعاه المشتري من الثمن، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع من الثمن.

وقال في «الزيادات»: يحلف البائع: بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري: بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف.

وقالوا: والأصح في صفة التحليف: هو الأول؛ لأن الأيمان شرعت للنفي، كما أن البينات شرعت للإثبات، فلا حاجة إلى ضم الإثبات إلى النفي.

فإن قيل: إن هذا التحالف قبل قبض المشتري المبيع موافق للقياس والحديث.

أما القياس: فلأن البائع يدعي زيادة في الثمن، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد، والبائع ينكره، فكان كل منهما منكراً، واليمين على من أنكر؛ لأنها شرعت للنفي.

وأما الحديث: فهو حديث: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر».

وأما بعد القبض.. فمخالف لهما؛ لأن المشتري لا يدعي شيئاً لسلامة المبيع له، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكره، فكان [٣٣٢/ب] القياس الاكتفاء بيمينه.

أجيب: بأن هذا قياس، لكنه ترك بالاستحسان؛ لما روينا.

واعلم: أن الصير إلى التحالف عند عجزهما عن البينة.. ليس في مطلق البيع، بل في البيع الذي ليس لأحدهما خيار رؤية أو خيار عيب وخيار شرط؛ لأنه إذا كان لأحدهما خيار من هذه الخيارات.. لا حاجة إلى التحالف؛ لتمكن من له الخيار من الفسخ، فلا حاجة إلى تحالفهما، ولذا قال في «الخلاصة»: إذا كان للمشتري خيار الرؤية أو خيار العيب أو خيار الشرط.. لا يتحالفان. انتهى.

وهكذا ذكره في «البحر» وقال: والبائع كالمشتري، والمقصود: أن من له الخيار متمكن من الفسخ، فلا حاجة إلى التحالف، ولكن ينبغي: أن البائع إذا كان يدعي زيادة الثمن وأنكرها المشتري.. فإن خيار المشتري يمنع التحالف، وأما خيار البائع.. فلا.

ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع، والبائع ينكرها.. فإن خيار البائع يمنعه؛ لتمكنه من الفسخ، وأما خيار المشتري.. فلا.

وبُدِئَ بِيَمِينِ المُشْتَرِي.

وَفِي المقايضة: بِأَيِّهِمَا شَاءَ.

وَمن نكل.. لزِمَه دَعْوَى صَاحِبِهِ.

وإِنْ حلفا.. فسخَ القَاضِي البيعَ بِطَلَب أَحدِهِمَا.

هذا ما ظهر له تخريجاً لا نقلاً. انتهى.

(وبُدِئ بيمين المشتري) في الصور الثلاث.

وعن أبي يوسف أولاً: أنه يبدأ بيمين البائع، قالوا: والأول: أصح؛ لأن المشتري يطالبه البائع أولاً بالثمن، وهو ينكره، فكان أقدم إنكاراً، وهو لا يطالب البائع بتسليم المبيع للحال.

(وفي المقايضة)؛ أي: بيع السلعة بالسلعة.. يبدأ (بأيهما يشاء)؛ لأن كلًّا من البدلين يصلح ثمناً فيها، فيستوي الطرفان في الإنكار.

وكذا في الصرف أيضاً؛ لاستواء الطرفين فيه أيضاً.

(ومن نكل.. لزمه دعوى صاحبه)؛ لما تقدم من القضاء بالنكول.

(وإن حلفا.. فسخ القاضي البيع).

أشار إلى أنه لا ينفسخ بنفس التحالف ما لم يفسخ القاضي؛ لأنه لما لم يثبت مدعى كل منهما.. بقي بيعاً مجهولاً، فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، ولأنه لما لم يثبت البدل.. بقي بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، وسبيله الفسخ، فما لم يفسخ.. كان قائماً.

قال في «المبسوط»: حل للمشتري وطء الجارية المشتراة قبل الفسخ بعد التحالف، وهذا يدل على لزوم فسخ القاضي.

(بطلب أحدهما)، أو بطلب كلاهما؛ لأن الفسخ حقهما.. فلا بد من الطلب؛ فلو لم يطلبا الفسخ.. تركهما القاضي حتى يصطلحا على شيء.

وَلَا تحالفَ لَوِ اخْتلفَا فِي الْأَجَلِ أَو شَرطِ الْخِيَارِ أَو قبضِ بعضِ الثّمنِ وَحُلِفَّ الْمُنكرُ، وَلَا بعدَ هَلَاك الْمَبِيعِ ....

(ولا تحالف لو اختلفا في الأجل)؛ أي: في أصله أو في قدره أو في [٣٣٣/أ] مضيه.

(أو) في (شرط الخيار أو قبض بعض الثمن)، وكذا في قبض كله.

ولو ترك لفظ «البعض».. لكان أولى، وهذا؛ لأن الاختلاف في هذه الأشياء اختلاف في غير المعقود عليه وبه.. فلا يوجب التحالف؛ لأن نص التحالف ورد في الاختلاف فيما يتم به العقد، وهذه الأشياء ليست ما يتم به العقد؛ لأن العقد لا يختل بعدمها، فصار كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن، بخلاف الاختلاف في: وصف الثمن؛ كالجودة والرداءة، وفي جنسه؛ كالدراهم والدنانير، والنقد والعروض؛ حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره في جريان الحالف؛ لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن؛ لكونه ديناً في الذمة، وهو يعرف بالوصف والجنس، بخلاف الأجل؛ فإنه ليس بوصف، ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الأجل، والوصف لا يفارق الموصوف.. فصار أصلاً بنفسه، لكنه ثبت بواسطة الشرط لا بدونه؛ فإذا لم يجر بينهما الحتالف فيها.. فالقول للمنكر مع يمينه - وهو البائع -: في أصل الأجل، وقدره، وشرط الخيار، وقبض الثمن ، والمشتري: في مضي الأجل؛ لأن الأجل حقه، وهو ينكر استيفاءه.

وإليه أشار بقوله: (وحلف المنكر) أي: بائعاً أو مشترياً كما ذكرناه.

بخلاف الاختلاف في الأجل في السلم بأن ادعاه أحدهما وأنكره الآخر.. فإن القول فيه للمدّعي لا للمنكر عند أبي حنيفة؛ لأن الأجل في السلم شرط، وتركه فيه مفسد للعقد، وإقدامهما عليه يدل على الصحة، فكان القول لمدعيه؛ لأن الظاهر شاهد له.

(ولا) تحالف أيضاً فيما إذا اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك المبيع) في يد المشتري بعد قبضه.

وَحُلِّف الْمُشْتَرِي.

وَعند مُحَمَّد: يَتَحَالَفَانِ، وَيفْسخُ وَتلْزمُ الْقِيمَة.

وكذا باستهلاكه بالإخراج عن يده؛ لعدم إمكان التحالف فيهما؛ أعني: الرد بالفسخ، بل القول للمشتري في الصورتين مع يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، على ما أشار إليه بقوله: (**وحلف المشتري**)؛ لأنه هو المنكر ههنا.

بخلاف ما قبل القبض؛ فإن كلاً منهما قبل القبض منكر، فيتحالفان، على ما تقدم آنفاً، ولأن التحالف بعد قبض المبيع إنما يثبت على خلاف القياس حال قيام السلعة لما رويناه.. فلا يتعدى إلى الغير **لا قياساً**؛ لعدم شرط القياس، **ولا دلالة**؛ لأن التحالف حال قيام السلعة يفضي إلى الفسخ، فيندفع [٣٣٣/ب] به ضرر الطرفين، ولا كذلك بعد الهلاك أو الخروج عن ملك المشتري، فلا يكون في معناه.. فلا يلحق به دلالة أيضاً.

(**وعند محمد: يتحالفان ويفسخ**) البيع (**وتلزم القيمة**) يوم القبض، وهو قول الشافعي أيضاً.

واستدل عليه بإطلاق قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»، وبأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه، والآخر ينكره، فيتحالفان كما في حال قيام السلعة..

وفائدة هذا التحالف دفع زيادة الثمن عن المشتري بنكول البائع حين تحالفا؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم، والآخر بالدنانير.. تحالفا، ولزم المشتري رد القيمة.

والجواب عنه: أن محل ما رواه حال قيام السلعة؛ لما رويناه من تصريح قيام السلعة؛ لأن الظاهر: أنه ذكر على سبيل الشرط لا التنبيه والتأكيد على ما ظن؛ لأن التأسيس أولى من التأكيد والتنبيه، خصوصاً في كلام الشارع، فيحمل على المقيد، وهو الأصل عند اتحاد الحادثة والراوي في حمل المطلق على المقيد، وإن

وَكَذَا الْخلاف لَو تعذَّرَ الرَّدُّ وَهُوَ قَائِمٌ.

الاختلاف في السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر بينهما، وههنا ليس كذلك؛ لأن المشتري ليس بمدعٍ على البائع شيئاً ينكره؛ لقبضه المبيع وتمامه بالهلاك حتى يترتب على البائع الحلف بإنكاره؛ فدعوى كل منهما غير ما ادعاه الآخر.. لا تضر.

وما ذكره من الفائدة من دفع زيادة الثمن ليس من موجبات العقد، بل من موجبات النكول الذي هو من موجبات التحالف.. فلا يعتبر، فلا يترك به ما هو من موجبات العقد.

وهو يملك المبيع وقبضه.

وهذا الخلاف إذا كان المبيع مقبوضاً والثمن ديناً ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة، وأما إذا كان الثمن عيناً بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين.. فإنهما يتحالفان اتفاقاً؛ لأن المبيع في أحد الجانبين قائم، فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد، ثم يرد مثل الهالك إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

وإن لم يكن المبيع مقبوضاً وهلك في يد البائع بعد قبض الثمن.. يتحالفان بالاتفاق أيضاً على ما في «الكفاية».

(**وكذا الخلاف لو تعذر الرد**) على البائع بعيب أو بزيادة (**وهو**) أي المبيع (**قائم**)؛ أي: غير هالك، وهذا؛ لأنه في حكم الهالك؛ لتعذر الرد [٣٣٤/أ].

والزيادة أعم من أن تكون متصلة متولدة من عين المبيع كالثمن، أو غير متولدة منها كالصبغ، أو منفصلة متولدة كالولد وأرش العضو.. ففي هذه الصور لا يتحالفان عندهما، ويتحالفان عنده:

فيفسخ العقد على العين في المتصلة المتولدة من العين.

وفي المنفصلة الغير المتولدة منها.. يفسخ على العين أو القيمة.

وفي المنفصلة المتولدة منها.. على القيمة.

وأما في المنفصلة الغير المتولدة منها كالكسب.. فيتحالفان.

وَلَا بعدَ هَلَاكِ بعضِهِ، إِلَّا أَن يرضى البَائِعُ بتركِ حِصَّةِ الْهَالِك.

وَعِنْدهما: يَتَحَالَفَانِ، ....

ويفسخ بالاتفاقِ على العين والكسب للمشتري، كذا في «المبسوط».

(ولا) يتحالفان أيضاً عنده فيما إذا اختلفا (بعد هلاك بعضه) كأن باع عبدين صفقة واحدة فهلك أحدهما بعد قبض المشتري، ثم اختلفا في الثمن بالزيادة والنقصان.. فلا يتحالفان.

(إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) بأن يخرج الهالك من العقد، فكأنه لم يكن، وصار الثمن كله بمقابلة القائم.. فحينئذٍ يتحالفان، فمصرف الاستثناء: عدم التحالف.

وقال في «الجامع الصغير» في هذه المسألة: القول للمشتري مع يمينه عند أبي حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا شيء له.

واختلفوا في توجيهه:

قيل: معناه: أنه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً، وإنما يأخذ القائم.

وقيل: معناه؛ لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقر به المشتري.

فمصرف الاستثناء على الأول: عدم التحالف على ما في الكتاب.

وعلى الثاني: هو يمين المشتري؛ لأن المذكور هو يمين المشتري لا التحالف، وهذا؛ لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه فيما أقر به.. لا يحلف.

ثم اختلفوا فيما أخذ البائع من الحي: أنه يأخذه بطريق الصلح أو بطريق تصديق المشتري وترك ما يدعي عليه؟

والمختار عند شيخ الإسلام وصاحب «الهداية» هو الثاني.

(وعندهما: يتحالفان)، لكن عند محمد يتحالفان عليهما، ويفسخ العقد فيهما على رواية واحدة منهم، ويرد الحي وقيمة الهالك؛ لأن هلاك كل المبيع لا يمنع التحالف عنده على ما مر، فهلاك بعضه أولى.

وَيُرَدُّ الْبَاقِي، وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فِي حِصَّة الْهَالِك عِنْد أبي يُوسُف، وَتلْزم قِيمَتُهُ عِنْدَ محمَّدٍ، ....

واختلف في تفسيره على قول أبي يوسف: قال بعضهم: يتحالفان في الحي ويفسخان فيه فقط؛ لأن امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره، وهذا ليس بصحيح؛ فإن [٣٣٤/ب] المشتري لو حلف بالله: ما اشتريت الحي القائم بحصّته من الثمن الذي يدعيه البائع.. حلف وكان صادقاً فيه، وكذا لو حلف البائع ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري.. صدق، ولا يفيد التحالف شيئاً.

بل الصحيح: ما قاله بعض مشايخنا: إنه يتحالفان فيهما، ويفسخ العقد في الحي فقط، فيحلف المشتري بالله: ما اشتريتهما بما يدعيه البائع؛ فإن نكل.. لزمه دعوى البائع، وإن حلف.. يحلف البائع بالله: ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري؛ فإن نكل.. لزمه دعوى المشتري، وإن حلف.. يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن، فيرد على البائع، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك؛ لعدم انفساخ العقد فيه، على ما أشار إليه بقوله:

(**ويرد الباقي**) لانفساخ العقد فيه باتفاقهما.

(**والقول للمشتري في حصة الهالك**) أي: من الثمن (**عند أبي يوسف**)؛ لعدم الفسخ فيه عنده على ما ذكرناه.

(**وتلزم قيمته**)؛ أي: قيمة الهالك (**عند محمد**)؛ لانفساخ العقد فيه أيضاً عنده.

ولأبي حنيفة: أن التحالف إنما هو في حال قيام السلعة: بالنص على خلاف القياس، على ما تقدم، والسلعة اسم للجميع، وبانتفاء البعض ينتفي الكل.. فلا يتعدى حكم التحالف إلى صورة الهلاك: لا قياساً، ولا دلالة؛ لعدم كونه في معنى المنصوص عليه.

فإن قيل: إن القصّار إذا أقام بعض العمل في الثوب، ثم اختلفا في مقدار الأجرة.. ففي حصة العمل: القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي:

وَتعْتَبَرُ قيمتُهمَا فِي الانقسام يَوْمَ الْقَبْضِ.

وإِنْ اخْتلفَا فِي قيمَةِ الْهَالِكِ فِيهِ.. فَالْقَوْلُ للْبَائِعِ.

يتحالفان بالإجماع، فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك أحد العبدين، وفيه التحالف عند أبي حنيفة دون هلاك أحد العبدين.

قلنا: إن السلعة في البيع واحدة؛ فإذا تعذر الفسخ فيها بالهلاك في البعض.. تعذر في الباقي أيضاً، وأما الإجارة.. فهي عقود متفرقة تتجدد في كل آن، فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة، فبتعذر الفسخ في بعض.. لا يتعذر الباقي.

(**وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض**) يعني: يقسم الثمن الذي أقر به المشتري على القائم والهالك على قدر قيمتها يوم القبض؛ فإن اتفقا: أن قيمتهما يوم القبض واحدة.. يجب على المشتري [٣٣٥/أ] نصف الثمن الذي أقر به، ويسقط عنه النصف الآخر، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض على التفاوت؛ فإن تصادقا على أن قيمة الهالك على النصف من قيمة القائم.. يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن.

(**وإن اختلفا في قيمة الهالك فيه**)؛ أي: في يوم القبض (.. **فالقول للبائع**)؛ لأن الثمن قد وجب باتفاقهم، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره، والقول للمنكر.

واعترض عليه: بأن المبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، لا قيمته يوم القبض؛ لما قاله محمد في «الزيادات»: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن الأم صار مقصوداً بالعقد، والزيادة بالزيادة، والولد بالقبض، وكل واحد من القائم والهالك من المبيع مقصود بالعقد، فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن في مسألة «الزيادات» لم يوجد ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد، وفيما نحن فيه قد وجد، وهو التحالف.. فيجب اعتباره في قيمة الهالك يوم القبض؛ لعدم إمكان رد العين.

وَإِن برهنا.. فبرهانُه أولى.

وإِنْ اخْتلفَا فِي قدر الثّمن بعدَ إِقَالَةِ البيعِ.. تحالفا وعادَ البيعُ إِنْ لم يقبضِ البَائِعُ الْمَبِيعَ.

وإِنْ قَبضه.. فَلَا تحالفَ، خلافاً لمُحَمد.

وَفِي قدرِ رَأسِ المَالِ بعد إِقَالَةِ السّلمِ.. فَالْقَوْل إِليه فِيهِ، ....

وثانيهما: أن الأصل ما ذكر في «الزيادات»، ولكن لما كان الصفقة فيما نحن فيه واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك.. صار العقد مفسوخاً في الهالك نظراً إلى اتحاد الصفقة، غير مفسوخ نظراً إلى وجود المانع وهو الهلاك.. فعملنا فيه بالدليلين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن: نظراً إلى عدم الانفساخ، وبانقسامه على قيمته يوم القبض: نظراً إلى الانفساخ، ثم أيهما برهن.. يقبل برهانه.

(**وإن برهنا.. فبرهانه**) أي البائع (**أولى**)؛ لأنه أكثر إثباتاً؛ لأنه يثبت الزيادة في قيمة الهالك، ودعوى المشتري الزيادة في قيمة القائم ضمنية، فلا معتبر بها.

(**وإن اختلفا في قدر الثمن**) بعد القبض (**بعد إقالة البيع.. تحالفا وعاد البيع**) الأول، حتى صار حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الإقالة.

(**إن لم يقبض البائع المبيع**)؛ أي: بعد الإقالة.

والأصل فيه: ما ذكرناه من أن التحالف قبل قبض المبيع على وفاق القياس.

(**وإن قبضه**) البائع بعد الإقالة، ثم اختلفا في قدر الثمن [٣٣٥/ب] (**.. فلا تحالف**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأن التحالف عنده معلول بوجود الإنكار من الجانبين، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض.

(**و**) لو اختلفا (**في قدر رأس المال**)؛ أي: في قدر الثمن في السلم (**بعد إقالة السلم.. فالقول**) للمسلم (**إليه فيه**) مع يمينه؛ لأن رب السلم يدعي عليه زيادة من

وَلَا يعود السّلمُ.

وَلَـو اخْتلفَا فِي قـدرِ الْأُجْرَةِ أَو الْمَنْفَعَةِ أَو فيهمَا قبلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ.. تحَالفا ....

رأس المال وهو ينكر، وأما هو.. فلا يدعي على رب السلم شيئاً؛ لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة.

(ولا يعـود السـلم)؛ لأن فائـدة التحـالف: الفسـخ والإقالـة فـي بـاب السـلم لا تتحمله؛ لأنه في السلم إسقاط المسلم فيه وهو دين، والدين الساقط لا يعود، بخلاف الإقالة في البيع؛ فإنه يحتمل الفسخ فيعود المبيع؛ لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع، وحكم الاختلاف في الأجل في السلم وفي مضيه قد تقدم في بابه.

(ولو اختلفا)؛ أي: المؤجر والمستأجر (في قدر الأجرة) بأن قال المستأجر: إنها خمسة دراهم، وقال المؤجر: إنها عشرة دراهم (أو) قدر (المنفعة) بأن قال المستأجر: إنها خمسة أنك أجرتني شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: بل أجرتك شهراً واحداً بعشرة دراهم، أو قال المستأجر: أجرتني دابتك إلى الكوفة بعشرة دراهم، وقال صاحب الدابة: بل أجرتك إلى القصر بعشرة دراهم.

(أو فيهما) معاً بأن قال المستأجر: أجرتني شهرين بعشرة دراهم، وقال الآخر: بل أجرتك شهراً بخمسة عشر، أو قال المستأجر: أجرتني إلى الكوفة بخمسة، وقال الآخر: بل أجرتك إلى القصر بعشرة.

(قبل استيفاء المنفعة)؛ أي: قبل أن يتصرف المستأجر فيما استأجره من الدار أو الدابة أو غيرهما أصلاً؛ لأن حكم اختلافهما بعد استيفاء بعض المنفعة سيأتي من بعد (.. تحالفا) لو عجزا عن البينة؛ لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ، والتحالف في المبيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مرّ فيقاس عليه الإجارة.

وترادًّا، وبُدِئَ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ إِنِ اخْتلفَا فِي الْأُجْرَةِ، وبيمين الْمُؤَجِّرِ لَو فِي الْمَنْفَعَة.

وَأَيُّهمَا نكلَ.. لزمَه دَعْوَى الآخرِ.

وَأَيُّهمَا برهنَ.. قُبِلَ.

وإِنْ برهنا.. فحجَّةُ الْمُسْتَأْجرِ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَحجَّةُ الْمُؤَجّرِ فِي الْأُجْرَةِ.

وَبعدَ اسْتِيفَاء الْمَنْفَعَة: ....

(وترادا)؛ عملاً بالتحالف.

(وبُدِئَ بيمين المستأجر إن اختلفا في الأجرة)؛ لأنه منكر بوجوب الزيادة، (وبيمين المؤجر لو) اختلفا (في المنفعة.

وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر)؛ عملاً بالنكول.

(وأيهما برهن.. قبل)؛ لأنه نوّر [٣٣٦/أ] دعواه بالحجة.

(وإن برهنا.. فحجة المستأجر في المنفعة)؛ لأنها تثبت الزيادة فيها.

(وحجة المؤجر في الأجرة) لأنها تثبت الزيادة فيها.

وهذا؛ سواء كان الاختلاف في المنفعة أو في الأجرة أو فيهما، ولم يذكر المصنف حكم اختلافهما في جنس الأجرة.. ففي «قاضي خان»: إن اختلفا في جنس الأجرة، فقال الآجر: أجرتك الدابة إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: إلى الكوفة بعشرة دراهم.. فإنهما يتحالفان، وأيهما نكل.. لزمه دعوى الآخر، وأيهما أقام البينة.. قبلت.

وإن أقاما البينة.. فإنه يقضى إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم إذا كان القصر على النصف من بغداد إلى الكوفة.. يقضى إلى القصر بدينار ببينة الآجر، ومن القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستأجر. انتهى.

(و) إن اختلفا في قدر الأجرة أو المنفعة أو فيهما معاً (بعد استيفاء المنفعة)

لَا يَتَحَالَفَانِ، وَالْقَوْلُ للْمُسْتَأْجِرِ.

وَبعد اسْتِيفَاءِ الْبَعْض: يَتَحَالَفَانِ، ويفسخُ فِيمَا بَقِي، وَالْقَوْلُ للْمُسْتَأْجر فِيمَا مضى.

كلها (.. **لا يتحالفان**) بالاتفاق؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، على ما مر في البيع.. فكذا في الإجارة.

وأما عند محمد: فلأن فائدة التحالف فسخ العقد، والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة، وليس شيء منهما بموجود ههنا؛ أما المعقود عليه - وهو المنفعة -: فلأنه عرض لا يبقى زمانين.

وأما ما يقوم مقامه: فلأن المنافع لا تقوم بنفسها، بل بالعقد، وقد تبين بحلفهما: أن لا عقد بينهما؛ لانفساخه من الأصل، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ.

(**القول للمستأجر**) مع يمينه لامتناع التحالف لما ذكرناه؛ لأنه هو المستحق عليه.

(و) لو اختلفا (**بعد استيفاء البعض**) من المنفعة (.. **يتحالفان ويفسخ**) العقد (**فيما بقي**)؛ لأن العقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة، فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها، فكان الاختلاف: بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنفعة، وفيه التحالف على ما مر.

(**والقول للمستأجر فيما مضى**)؛ أي: في حصة ما مضى؛ لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف: بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه، والقول للمستأجر بالاتفاق، بخلاف البيع؛ فإن العقد فيه ينعقد دفعة واحدة؛ فإذا تعذر في البعض.. تعذر في الكل أيضاً [٣٣٦/ب].

ولم يذكر المصنف اختلاف المؤجرين في قدر الأجرة، ولا الاختلاف في نوع العقد، ولا في نوع المعقود عليه:

ففي «قاضي خان»: إن تكارى دابة من رجلين، فاختلف المكاريان، فقال

أحدهما: أكريناها بعشرة دراهم، وقال الآخر: لا، بل أكريناها بخمسة عشر، والمتكري يقول: أكريتماني بعشرة.

قال: إن كان قبل الركوب.. كان القول قول المكاري الذي يدعي خمسة عشر في نصيبه.

وإن كان بعد الركوب.. فالقول قول المستكري.

ولو ركب دابة إلى بغداد ثم اختلفا، فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: أجرتكها بدرهم ونصف.. فإن القول يكون قول الراكب؛ لأن صاحب الدابة يدعي تقويم المنفعة، وهو منكر.

ولو ركب دابة رجل إلى الحبرة فادعى أنه أعارها إلى الحيرة، وقال صاحبها: بل أكريتها إلى الجبانة إلى أطراف البيوت بدرهم؛ فإن سلمت الدابة.. كان القول قول الراكب، ولا يلزمه شيء، وإن هلكت.. كان القول قول صاحب الدابة، ويضمن قيمتها؛ لأن الراكب أقر بالمجاوزة عن الجبانة وادعى الإذن، وصاحبها أنكر الإذن.

ولو اختلفا، فقال المستأجر: أمرتني أن أستكري الغلام لحفظ الدابة وأن أعطي نفقة الغلام والدابة من الكراء، ففعلت ذلك، وأنكر المؤجر كلاً من الأمر باستكراء الغلام وبإعطاء نفقته ونفقة الدابة من الكراء.. فالقول قول صاحب الدابة.

بخلاف ما لو أقر صاحب الدابة الأمر بإعطاء نفقة الغلام من الكراء، وأنكر الدفع، وأقر الغلام الإعطاء.. فالقول قول الغلام.

ولو اختلف الخياط مع رب الثوب، فقال الخياط: أنا خطته، وقال صاحب الثوب: أنا خطته؛ فإن كان الثوب في يد رب الثوب أو في بيته.. فالقول قوله مع يمينه، ولا أجر للخياط، وإن كان الثوب في يد الخياط أو في يدهما.. كان القول قول الخياط مع يمينه وله أجر.

ولو اختلفا في نوع المعقود عليه، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء وقد

خاطه قميصاً، وقال الخياط: لا، بل أمرتني أن أقطعه قميصاً.. كان القول قول رب الثوب مع يمينه، وهو بالخيار؛ إن شاء أخذ القميص وأعطاه أجر مثله، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه غير مقطوع.

ولو دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه قباء محشواً ودفع إليه البطانة والقطن، ففعل الخياط [٣٣٧/أ] ذلك، ثم اختلفا، فقال للخياط: ليس هذا بطانتي.. كان القول قول الخياط مع يمينه.

ولو دفع إلى قصار ثوباً ليقصره بدرهم، فأعطاه القصّار ثوباً، فقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: ليس هذا ثوبي.. كان القول قول القصار في قول أبي حنيفة.

وكذا لو كان القصار يدعي رد الثوب وأنكره رب الثوب؛ لأن في قول أبي حنيفة: القصار أمين، وكذا كل أجير مشترك، والفتوى على قوله.

رجل قال لرجل: إني أركبتك بغلاً من ترمذ إلى بلخ بعشرة دراهم، وقال المدعى عليه: لا، بل استأجرتني لأبلغه إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم.. فإنه يحلف كل واحد منهما؛ فإن حلفا.. لا يجب شيء، وإن أقاما البينة.. كانت البينة بينة صاحب البغل؛ لأن حفظ البغل واجب على المستأجر.

ولو دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أحمر بالعصفر، ففعل الصباغ ذلك، ثم اختلفا في الأجر، فقال الصباغ: عملته بدرهم، وقال صاحب الثوب: بدانقين؛ فأيهما أقام البينة.. قبلت بينته، وإن أقاما.. يؤخذ ببينة الصباغ.

وإن لم يكن لهما بينة.. ينظر إلى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب؛ فإن كان درهماً أو أكثر.. يؤخذ بقول الصباغ ويعطى له درهم بعد يمينه بالله ما صبغته بدانقين.

وإن كان ما زاد له الصبغ أقل من دانقين.. كان القول قول رب الثوب مع يمينه.

وإن كان يزيد قيمة الثوب نصف درهم.. يعطى للصباغ نصف درهم بعد يمينه.

وإن كان الصبغ مما ينقص الثوب.. كان القول قول صاحب الثوب.

وإِنِ اخْتلفَا فِي قدرِ بدلِ الْكِتَابَةِ.. لَا يَتَحَالَفَانِ، وَالْقَوْلُ للْعَبدِ.

وَقَالا: يَتَحَالَفَانِ ويفسخُ.

وَإِنِ اخْتلفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ....

دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة، وقال: زد عليها درهمين؛ يكون قرضاً على وصفه قلباً، وأجرك: درهم، فصاغه وجاء به، وقال: زدت عليها درهمين، وقال رب الفضة: لم تزد عليها.. فإنه يحلف كل منهما؛ فإن حلفا.. يخير الصائغ؛ إن شاء دفع القلب إليه وأخذ منه درهم أجر العشرة، وإن شاء دفع إليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب؛ لأن كلاً منهما ينكر أن على صاحبه ما ادعاه.

(**وإن اختلفا**) أي: المولى والمكاتب (**في قدر بدل الكتابة.. لا يتحالفان، والقول للعبد**) عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة عقد معاوضة يجب به البدل في مقابلة فك الحجر في حق اليد، والتصرف في الحال وهو سالم: للعبد باتفاقهما على الكتابة، وإنما ينقلب ومقابلاً للعتق عند الأداء، فقبله: لا مقابلة له [٣٣٧/ب]، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير؛ لأن العقد لا يدعي شيئاً، بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول للمنكر.

(**وقالا: يتحالفان ويفسخ**) العقد، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ، فأشبه البيع بجامع: أن المولى يدعي بدلاً زائداً لم ينكره العبد، والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره.. فكان كالبيع الذي اختلفا فيه في قدر الثمن، فيتحالفان.

(**وإن اختلف الزوجان في متاع البيت**)؛ أي: البيت الذي يسكنان فيه؛ سواء كان البيت ملك الزوج أو ملك المرأة، وسواء كان اختلافهما في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة، بفعل من الزوج أو من الزوجة، ولذا أطلقه، وقيد بمتاع البيت؛ لأن حكم اختلافهما في المهر قد تقدم في باب المهر.

فَالْقَوْلُ لَهَا فِيمَا صلحَ لَهَا، وَله فِيمَا صلح لَهُ، أَو لهمَا.

وَبعْد موتِ أَحدِهِمَا.. الْقَوْلُ فِي الْمُحْتَمِلِ للحيّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: كَذَلِك فِي الزَّائِدِ على جهازِ مثلِهَا، وَفِي جهازِ مثلِهَا: لَهَا أَو لورثتها.

(.. **فالقول لها**) مع يمينها فيما صلح لها كالوقاية والملحفة والخمار؛ لأن الظاهر شاهد لها.

(**فيما صلح لها**)، إلا إذا كان الزوج صائغاً وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها.. فحينئذٍ لا يكون مثل هذه الأشياء لها، على ما ذكره التمرتاشي وغيره.

(**وله**)؛ أي: للزوج مع يمينه (**فيما صلح له**) كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة والكتب؛ لأن الظاهر شاهد له فيما ذكر، إلا إذا كانت الزوجة تبيع ثياب الرجال.

(**أو**) فيما صلح (**لهما**) كالآنية والذهب والفضة والنقود والأمتعة والعقار والمواشي؛ لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوي لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها؛ لأنها تعارض ظاهر الزوج بظاهر يد الاختصاص، ويرجح عليه بالاستعمال.

(و) لو اختلفت ورثة أحدهما مع الآخر (**بعد موت أحدهما**) أو تطليق الزوج، ولم يذكر حكم الاختلاف بعد التطليق؛ لأن الطلاق والموت سواء.. فاكتفى بذكر الموت، كذا في «الهداية».

(**القول في المحتمل: للحي**) أيهما كان؛ من الزّوج أو المرأة؛ لأن اليد للحي دون الميت، هذا كله عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: كذلك**) أي: القول للرجل في المحتمل مع يمينه (**في الزائد على جهاز مثلها، وفي جهاز مثلها: لها أو لورثتها**)؛ لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز، وهذا ظاهر أقوى؛ لجريان العادة بذلك، فيبطل بظاهر [٢٣٨/أ] الزوج.

وَعند مُحَمَّدٍ: للرجلِ أو لورثتِهِ.

وَإِن كَانَ أَحدُهُمَا مَمْلُوكاً.. فَالْكلُّ للْحرّ فِي الْحَيَاةِ، وللحيِّ فِي الْمَوْتِ.

وَقَالا: الْمَأْذُونُ وَالْمكَاتبُ كَالْحرِّ.

وأما في الزائد على جهاز مثلها.. فلا معارض لظاهر الزوج، القول فيه له.

بخلاف ما يصلح لها.. فإن القول فيه لها بالاتفاق؛ في جهاز مثلها، وفي الزائد عليه؛ عملاً بظاهر أقوى، وهو الاختصاص لها.

وإنما محل الاختلاف هو المحتمل، على ما صرح به في «العناية».

(**وعند محمد**): القول (**للرجل**)؛ أي: في المحتمل على ما هو محل الخلاف.

(**أو لورثته**) إن كان الرجل ميتاً لما ذكرناه في وجه أبي حنيفة من أن المرأة وما في يدها للرجل.

(**وإن كان أحدهما مملوكاً**) والآخر حراً واختلفا في متاع البيت مطلقاً على ما يدل عليه إطلاقه، وصرح به في «شرح النقاية» نقلاً عن فخر الإسلام، وعن «الحقائق»: أنه فيما إذا اختلفا في الأمتعة المحتملة لهما (.. **فالكل للحر في الحياة**)؛ لأن يده أقوى من يد المملوك؛ محجوراً كان المملوك أو مأذوناً أو مكاتباً، والأقوى أولى بالاعتبار.

(**وللحي**) منهما (**في الموت**)؛ حراً كان الحي أو عبداً، هكذا في عامة نسخ «الجامع الصغير»، واختاره صاحب «الهداية»؛ مستدلاً: بأنه لا يد للميت، فخلت يد الحي عن المعارض.

وقال فخر الإسلام وشمس الأئمة: إنه للحر بعد الموت أيضاً.

ثم قال شمس الأئمة: ما وقع في عامة نسخ «الجامع الصغير» سهو، كذا في «العناية»، وهذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا**): العبد (**المأذون**) له؛ أي: في التجارة (**والمكاتب: كالحر**)؛ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات، حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في أيديهما..

قضي به بينهما؛ لاستوائهما في اليد.

ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة.. استويا فيه، فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات.. فكذلك في متاع البيت.

والجواب عنه: أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه، والحر في السكنى أصل دون المملوك، فلا تعارض بينهما.

ولم يذكر حكم كون أحد الزوجين مسلماً والآخر كافراً، ففي «قاضي خان»: ولو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً.. فهذا وما لو كانا مسلمين سواء.

ولو كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً، أو كانا صغيرين.. ذكر في بعض الروايات: أنهما سواء.

وذكر في بعض الروايات، وقيد فقال: لو كان الزوج بالغاً والمرأة غير بالغة إلا أنها بلغت مبلغ الجماع.. فهو وما لو كانا كبيرين سواء.

ولم يذكر أيضاً حكم اختلافهما في البيت، ففي «قاضي خان»: لو اختلف الزوجان في البيت الذي [٣٣٨/ب] يسكنان فيه، كل واحد يدعي أنه له.. كان القول في ذلك قول الزوج في قولهم؛ فإن أقامت المرأة البينة أو أقاما جميعاً.. يقضى ببينة المرأة؛ لأنها خارجة معنى.

وأما اختلافهما في الغزل.. ففي «قاضي خان» أيضاً: إذا غزلت المرأة قطن زوجها، ثم اختلفا في الغزل قبل الفرقة أو بعدها.. فالمسألة على وجوه:

إما أن أذن لها بالغزل، أو نهاها عن الغزل، أو لم يأذن لها ولم ينه.

فإن أذن لها بالغزل؛ إن قال: اغزليه لي.. كان الغزل للزوج، ولا أجر لها عليه؛ لأنه لما أمر بالغزل ولم يذكر لها أجراً.. كان ذلك استعانة منها.

وإن ذكر لها أجراً؛ إن سمى لها أجراً معلوماً.. كان لها ذلك؛ لأنه استأجرها بالعمل غير مستحق عليها بأجر معلوم.

وإن ذكر أجراً مجهولاً أو شرط أن يكون الغزل أو الكرباس لها.. كان الغزل للزوج ولها أجر مثلها؛ لأنه استأجرها ببعض ما يخرج من العمل، فيكون في معنى قفيز الطحان، وهو كما لو دفع غزلاً إلى حائك لينسجه له بالنصف.

وإن اختلفا في الأجر فقالت المرأة: غزلت بأجر، وقال الزوج: بغير أجر.. كان القول قول الزوج مع يمينه؛ لأنه أنكر الإجارة والأجر.

ولو قال: اغزليه لنفسك.. كان الغزل لها، ولا شيء عليها؛ لأنه تبرع عليها بالقطن.

وإن اختلفا، فقال الزوج: إنما أذنت لك لتغزليه لي، وقالت: لا، بل قلت: اغزليه لنفسك.. كان القول قول الزوج؛ لأن الإذن مستفاد من جهته، فيكون القول قوله مع يمينه.

ولو قال لها: اغزليه ليكون الغزل لنا.. كان الغزل للزوج، ولها أجر المثل.

ولو قال: اغزليه ولم يزد عليه.. كان الغزل للزوج؛ لأن الظاهر من حاله أنه يرضى بالغزل له.

وإن نهاها عن الغزل فغزلت.. كان الغزل لها، وعليها مثل ذلك القطن لزوجها؛ لأنها غزلت غصباً فتضمن مثل ذلك القطن لزوجها؛ كمن غصب حنطة فطحنها.. كان الدقيق للغاصب، وعليه مثل ذلك الحنطة.

وإن اختلفا، فقال صاحب القطن: غزلت بإذني، وقالت: غزلت بغير إذنك.. كان القول قول صاحب القطن؛ لأن المرأة تدعي تملك القطن وهو ينكر.

وإن حمل قطناً إلى بيته ولم يقل شيئاً، فغزلته؛ إن كان الزوج يبتاع القطن.. كان الغزل لها وعليها مثل ذلك القطن؛ لأن الظاهر من حاله [٣٣٩/أ] أنه كان يشتري القطن لأجل البيع.

وإن لم يكن يبتاع القطن؛ إن كان الزوج يدعي الإذن.. كان القول قوله؛ لأن

الظاهر من حاله أنه يحمل القطن إلى بيته لتغزل المرأة، فكان الإذن ثابتاً دلالة؛ كما لو طبخت طعاماً من اللحم الذي جاء به؛ فإن الطعام يكون للزوج، ولأن الزوج كان يدعي الإذن، فالمرأة تدعي عليه تملك القطن وهو ينكر.

وكذا لو اختلفا في الكرباس، فقال الزوج للمرأة: دفعت إلى حائك لينسجه بإذني، وقال: دفعت بغير إذنك.. كان القول قول الزوج.

وإذا غزلت المرأة قطن زوجها بإذنه وكانا يبيعان من ذلك الكرباس ويشتريان بالثمن أمتعة لحاجتهما، وأخذا ببعض الكرباس ثياب البيت.. فجميع ذلك من الكرباس وما يشترى به: للرجل؛ لأن المرأة تعمل للرجل، فيكون ذلك للرجل، إلا شيئاً اشتُرِيَ لها وتسمى عند الشراء، أو عُلِم عادة أنه اشتري لها ودفع إليها، فيكون لها.

رجل كان يدفع إلى امرأته ما تحتاج إليه، وكان يدفع لها أحياناً من الدراهم ويقول: اشتري بها قطناً واغزلي، وكانت تشتري وتغزل، ثم تبيع وتشتري به أمتعة للبيت.. كانت الأمتعة للمرأة؛ لأنها اشترت من غير توكيل الزوج إياها بالشراء، فكانت مشترية لنفسها. الكل في «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً في فصل هبة الوالد لولده: رجل جهز ابنته بماله، فوجه الابنة مع جهازها إلى زوجها، فماتت الابنة، فادعى الأب أنه كان عارية، وزوجها يدعي الملك بهبة ونحوها.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: القول قول الزوج، والبينة على الأب، وبه أخذ محمد بن الفضل.

وقال بعضهم: القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع والمملك، قال: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل:

إن كان الأب من الكرام والأشراف.. لا يقبل قول الأب؛ لأن مثله يأنف عن الإعارة.

وإن كان من أوساط الناس.. يكون القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع، وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر. انتهى.

وهكذا في نكاح «الخلاصة» في الفصل الرابع عشر.

أقول: علم منه: جواب مسألة أخرى، وهي: رجل اشترى حلياً فدفع إلى زوجته واستعملته الزوجة فماتت هي، واختلف الزوج مع ورثتها: أنه دفع على وجه العارية أو التمليك، ولا بينة لها.. فالقول قول الزوج [٣٣٩/ب] مع يمينه؛ لأنه دافع مملك.

ولو مات الزوج واختلفت الزوجة مع ورثته: أنه دفع على وجه العارية أو التمليك.. فالقول قول الزوجة مع يمينها؛ لأنها حيّة وصاحبة يد، فهي أعرف بوجوه الدفع والتمليك، بخلاف ورثة الزوج.

وبخلاف ما إذا ادعت الزوجة الهبة وأنكرها ورثة الزوج من غير دعوى العارية.. فإنها لا يقبل قولها بلا بينة، وعليه يحمل ما ذكره في فصل اختلاف الزوجين من نكاح «قاضي خان»: ولو أقرت المرأة بمتاع أنها اشترته من زوجها.. كان المتاع للزوج، وعليها البينة. انتهى.

وقال في تنازع الخصمين من «القنية»: رجل كان يتصرف في غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة، ثم ماتت الزوجة، فادعى ورثتها: أنك كنت تتصرف في مالها بغير إذنها.. فعليك الضمان، وقال الزوج: بل بإذنها.. فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن الرجل لا يتصرف مثل هذا التصرف في مال امرأته إلا بإذنها، والظاهر يكفي للدفع. وهكذا في دعوى «البزازية».

وكذا الحال إذا مات الزوج.

وقال في دعاوي «قاضي خان»: رجل اشترى لامرأته متاعاً، ودفع أيضاً إليها دراهم حتى اشترت متاعاً، ثم اختلفا، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت المرأة: هو هدية.. ذكر في «الكتاب»: أن القول قول الزوج، إلا في الطعام الذي يؤكل.

وفسروا ذلك وقالوا: إن كان تمراً أو دقيقاً أو عسلاً أو شيئاً يبقى.. كان القول فيه قول الزوج، وإن كان مثل اللحم والخبز أو الشيء الذي لا يبقى.. لا يقبل فيه قول الزوج، بل القول قول المرأة.

وقال أبو القاسم الصفار: وكل متاع لا يجب على الزوج شراؤه.. كان القول فيه قول الزوج أنه من المهر، وما كان واجباً على الزوج مثل الدرع والخمار ومتاع البيت.. لا يقبل فيه قول الزوج أنه من المهر.

فقيل له: الخف والملاءة؟

قال: ليس على الزوج أن يهيأ لها أمر الخروج.

قال الفقيه أبو الليث: قول أبي القاسم الصفار، وبه نأخذ.

رجل بعث إلى امرأته متاعاً، وبعث أب المرأة إلى الزوج متاعاً أيضاً، ثم قال الزوج: الذي بعثته كان صداقاً.. كان القول قول الزوج مع يمينه.

فإن حلف؛ إن كان المتاع قائماً.. كان للمرأة أن ترد المتاع؛ لأنها لم ترض بكونه مهراً، وترجع على الزوج بما [٣٤٠/أ] بقي من المهر.

وإن كان المتاع هالكاً؛ إن كان مثلياً.. ردت على الزوج مثل ذلك.

وإن لم يكن مثلياً.. لا يرجع على الزوج بما بقي من المهر.

وأما الذي بعث أب المرأة؛ إن كان هالكاً.. لا يرجع على الزوج بشيء، وإن كان قائماً وكان الأب بعث ذلك من مال نفسه.. يسترد من الزوج؛ لأنه هبة لغير ذي الرحم، فكان له أن يرجع.

وإن بعث الأب ذلك من مال الابنة البالغة برضاها.. فلا رجوع فيه؛ لأنه هبة من المرأة، وأحد الزوجين إذا وهب من الآخر.. لا يرجع.

رجل تزوج امرأة وبعث إليها هدايا، وعوضت المرأة لذلك عوضاً وزفت إليه، ثم فارقها، فقال الزوج: كنت بعثت ذلك عارية، وأراد أن يسترده، وأرادت المرأة

استرداد العوض أيضاً.. قالوا: القول قول الزوج في متاعه؛ لأنه أنكر التمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثت؛ لأنها تزعم أنها بعثت عوضاً للهبة؛ فإذا لم يكن ذلك هبة.. لم يكن ذلك عوضاً، وكان لكل منهما استرداد متاعه.

قال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعثت أنها عوض.. فكذلك، وإن لم تصرح بذلك ولكنها حسبت ونوت أن يكون عوضاً.. كان ذلك هبة منها، وبطلت نيتها.

امرأة ادعت بعد وفاة زوجها: أن لها عليه ألف درهم من المهر.. يقبل قولها إلى تمام مهر مثلها في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده يحكم مهر المثل.

وفي «الفصولين»: لو تنازعا في أنه مجهول النسب.. ينبغي أن يكون القول للمقر له؛ لأنه ينكر أن يكون له أب غير المقر، ويحتمل أن يكون القول لم ينكر نسبه من المولى؛ لأن الظاهر أن للعبد نسباً معروفاً في مولده.

واعلم أن الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل من تمسك بالأصل.. فالقول قوله؛ كما أن كل من تمسك، بخلاف الأصل.. فالبينة بينته؛ سواء كان الأصل أمراً عدمياً أو أمراً وجودياً.

ويبتنى على هذا الأصل: ما ذكره في كفالة «قاضي خان» من القاعدة الكلية: أن كل من أنكر فعل غيره.. كان القول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، ومن ادعى فعل نفسه.. لا يقبل قوله إلا بحجة.

ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان، وكذبه صاحبها.. فالقول له إن لم يأمره.

ولو دفع إلى آخر مالاً ليدفعه إلى آخر، ثم اختلفا في تعيينه، فقال الآمر: أمرتك بدفعه إلى زيد، فقال المأمور: إلى عمرو وقد دفعت له.. فالقول للوكيل؛ لأنهما اتفقا على [٣٤٠/ب] الإذن، فكان أميناً، كذا في «البحر».

وهل يلزم اليمين في كل موضع يكون القول فيه قوله، أو لا يلزمه؟

ففي «القنية»: وكثيرمن المواضع يكون القول فيه قوله بدون اليمين:

منها: قال الوصي لليتيم: أنفقت عليك كذا من مالك، وذلك نفقة مثله، أو قال: ترك أبوك رقيقاً فأنفقت عليه من مالك كذا، ثم مات أو أبق، وقال الصغير: ما ترك أبي رقيقاً، أو قال: اشتريت لك رقيقاً وأديت الثمن من مالك وأنفقت عليه كذا.. فهو مصدق في ذلك كله بلا يمين.

وقال في «قاضي خان»: إذا بلغ الصغير وطلب ماله من الوصي، فقال الوصي: ضاع مني.. كان القول قوله؛ لأنه أمين.

وإن قال: أنفقت عليك مالك.. يصدق في نفقة مثله في تلك المدة.

ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر.

وإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: مات أبوك منذ عشر سنين، وقال اليتيم: مات من خمس سنين.. اختلف المشايخ فيه:

قال السرخسي: القول قول الابن على قول محمد، وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

إذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً، فأنفقت عليهم إلى وقت كذا، ثم ماتوا وكذبه الابن.. قال محمد والحسن بن زياد: القول قول الابن، وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء.. كان القول قول الوصي.

إذا ادعى الوصي أن الغلام لليتيم أبق، فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهماً، والابن ينكر الإباق.. كان القول قول الوصي عند أبي يوسف.

وفي قول محمد وابن زياد: القول قول الابن، ولا بد للوصي من بينة.

إذا قال الوصي: أديت خراج أرضك عشر سنين، كل سنة بألف درهم، وقال اليتيم: مات أبي منذ خمس سنين.. كان القول قول الابن عند محمد.

وقال أبو يوسف: القول قول الوصي.

ومنها: قاض باع مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب، فقال القاضي: أبرأتني منه.. فالقول قوله بلا يمين.

وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض ليتيم وأراد تحليفه.. لم يحلف.

وكذا في كل شيء يدعي عليه.

وعن أبي يوسف: ادعى الموهوب له هلاك الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: لو قال الواهب شرطت لي عوضاً، وقال الموهوب له: لم أشترط.. فالقول له بدون اليمين [١/٣٤١أ].

ومنها: اشترى العبد شيئاً، فقال البائع: أنت محجور، وقال العبد: أنا مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى عبد من عبد شيئاً، فقال أحدهما: أنا محجور، وقال الآخر: أنا وأنت مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: اشترى لابنه الصغير داراً، ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن.. فالقول للأب بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى داراً، فجاء الشفيع وأنكر المشتري الشراء وقال: إنها لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع.. فالقول للمشتري بدون اليمين.

وقد ذكرناه في فصل خيار العيب.

ومن فروع الأصل المذكور: ما ذكره القاءاني في آخر باب القياس من «شرح المغني»: إذا اختلف الحافر للبئر مع ولي الهالك فيها، فقال الحافر: إنه أسقط نفسه

فيها، وقال الولي: بل وقع فيها.. كان القول قول الحافر استحساناً.

والقياس: أن يكون القول قول الولي؛ كما ذهب إليه أبو يوسف؛ لأن الضمان قد وجب على عاقلة الحافر، فهو بدعوى إلغاء النفس يريد إسقاط ذلك عن نفسه.. فلا يقبل قوله بلا بينة، إلا أنا استحسنا قبول قول الحافر؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو صلاحية العلة لإضافة الحكم إليها، وهو ينكر خلافة الشرط عن العلة التي هي خلاف الأصل، فكان القول قوله.

بخلاف ما إذا ادعى الجارح أن المجروح مات بسبب آخر وقال الولي: إنه مات من تلك الجراحة؛ حيث يكون القول قول الولي؛ لأن الجارح صاحب علة لا صاحب شرط، والأصل في العلة: الصلاحية للحكم، وكان الولي هو المتمسك بالأصل هناك. انتهى.

ومن فروعه أيضاً: اختلف الزوجان في وصول النفقة والكسوة المقررتين في مدة مديدة، فقال الزوج: إنها وصلت، وقالت الزوجة: إنها لم تصل.. فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاؤهما في الذمة.

كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكره الداين.. فالقول للمنكر؛ لأن الأصل عدم الوصول بعد الثبوت، بل بقاؤه في الذمة؛ فلو اختلفا في التمكن من الوطء.. فالقول لمنكره.

وكذا لو اختلفا في نفس الوطء؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في السكوت والرد عند بلوغ خبر النكاح [١٤٣/ب].. فالقول للمرأة؛ لأن الأصل عدم الرضاء.

ولو اختلفا بعد العدة في الرجعة فيها.. فالقول لها؛ لأن الأصل عدمها.

ولو اختلفا فيها في العدة.. فالقول له؛ لأن الأصل حينئذٍ وجودها؛ لأنه يملك الإنشاء، فيملك الاختيار أيضاً.

ولو ادعى المشتري أن اللحم لحم ميتة أو ذبيحة مجوسيّ، وأنكر البائع.. فالقول قول المشتري؛ لأنه يدعي بطلان البيع، فيكون الأصل عدم البيع.

ادعت المطلقة امتداد الطهر وبقاء العدة، وأنكره الزوج.. فالقول قولها ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاؤها.

ادعى عليه الدين، وأنكره الخصم ولا بينة له.. فالقول للمنكر؛ لأن الأصل عدمه؛ لأن الأصل براءة الذمة، بخلاف دعوى دفع الدين وأنكره الخصم.. فإن الأصل ثمة بقاؤه في الذمة على ما تقدم.

اختلفا في قيمة المتلف والمغصوب.. فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة الذمة عما زاد.

ولو اختلف الشريكان أو المضارب مع رب المال في الربح.. فالقول لمن يدعي أنه لم يربح؛ لأن الأصل عدمه.

وكذا لو قال: لم أربح إلا كذا؛ لأن الأصل عدم الزيادة.

ولو اختلفا في قبض المبيع والعين المؤجرة.. فالقول لمنكره؛ لأن الأصل عدمه، ولو ادعى المالك أنه قرض والآخر أنه مضاربة.. فالقول فيها قول الآجر؛ لأنهما اتفقا على جواز التصرف له، ثم اختلفا في لزوم الضمان؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في قدم العيب، والبائع منكر، ولا بينة.. فالقول للبايع؛ لأن الأصل عدمه.

ولو اختلفا في اشتراط الخيار.. قيل: القول لمن نفاه؛ لأن الأصل عدمه، وقيل: القول لمن ادعاه؛ لأنه منكر لزوم العقد.

إلى غير ذلك.

* * *

(فَصْلٌ)

قَالَ ذُو الْيَدِ: هَذَا الشَّيْءُ أَودَعِنِيهِ فلَانٌ الْغَائِبُ، أَو أعارنيهِ، أَو آجرنيه، أَو رهنيه، أَو غصبتُه مِنْهُ، وَبرهنَ على ذَلِك.. اندفعتْ خُصُومَةُ الْمُدَّعِي.

(فَصْلٌ)
فِيمَا يَتَعَلَّق بِدَفْعِ الدَّعْوَى

قال في «المحيط»: يجب أن يعلم: أن دفع الدعوى كما هو صحيح.. فدفع الدفع صحيح أيضاً.

وكذلك دفع الدفع وما زاد على ذلك.. صحيح، هو المختار.

وكما يصح دفع الدعوى بعد إقامة البينة.. يصح دفعه قبل إقامة المدعي البينة.

وإذا ادعى المدعى عليه الدفع وطلب من القاضي الإمهال.. فالقاضي يمهله إلى المجلس الثاني. انتهى.

(**قال ذو اليد**) يعني: رجل ادعى عيناً في يد رجل أنه ملكه، وقال ذو اليد: (**هذا الشيء**) الذي ادعيت أنت (**أودعنيه فلان الغائب، أو أعارنيه، أو آجرنيه، أو رهنيه** [٣٤٢/أ]، **أو غصبته منه**) أي: من الغائب (**وبرهن**) ذو اليد (**على ذلك**) أي: على دعواه؛ أعني: الإيداع أو الإعارة أو الإجارة أو الرهن أو الغصب من الغائب.

وفي كلامه إشارة إلى أن الخصومة إنما تندفع بدعوى شيء من هذه الأشياء إذا كان العين قائمة في يد المدعى عليه وقت الدعوى، لا هالكاً، وإلا.. فلا، كما سيأتي.

ولا بد أيضاً أن لا يدعي ذو اليد لنفسه، وإلا.. فلا يندفع، كما صرح به في دعوى «البزازية»؛ حيث قال في نوع الدفع: وإن برهن المدعي أن المدعى عليه ادعاه لنفسه.. لا يقبل دعوى الإيداع من المدعى عليه، كما إذا ادعى عليه الفعل. انتهى.

(**اندفعت خصومة المدعي**)؛ لأنه أثبت بالبينة أن يده ليست يد خصومة، فصار كما لو أقر المدعي بذلك، أو أثبت ذو اليد إقراره بذلك.. فإنه حينئذ تندفع الخصومة

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِيمَن عُرِفَ بالحِيَلِ: لَا تَنْدَفِعُ، ....

عن المدعى عليه، فكذلك إذا برهن المدعى عليه على دعواه، لكن الشرط إثبات هذه الأشياء بالبينة، لا إثبات الملك للغائب، حتى لو برهن أن هذا الشيء ملك فلان الغائب دون هذه الأشياء.. لا تندفع عنه الخصومة، وفي عكسه.. تندفع، كذا في «الزيلعي».

(**وقال أبو يوسف فيمن عرف بالحيل: لا تندفع**) وإن برهن، وإنما تندفع فيمن عرف بالصلاح؛ لأن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سراً إلى مسافر يودعه إياه، ويشهد عليه الشهود علانية، فيحتال لإبطال حق غيره؛ فإذا اتهمه القاضي بها.. لا يقبلها.

اعلم: أن هذه المسألة سميت مخمّسة كتاب الدعوى؛ لأنها فيها خمس مسائل: الإيداع، والإجارة، والإعارة، والرهن، والغصب.

وقد يلحق به دعوى كونها مزارعة في يده؛ بأن ادعى عليه أرضاً محدوداً، فبرهن على أنها في يده بالمزارعة من فلان ابن فلان الغائب.

وتلحق الزراعة بالإجارة أو الوديعة.. فلا يزداد على الخمس؛ فلذا سميت بالمخمسة، أو لأن فيها خمسة أقوال:

قال أبو حنيفة: إنها تندفع إن برهن على الأشياء المذكورة، ويكتفى بالمعرفة ولو بالوجه فقط.

وقال محمد: تندفع بالبرهان عليها، ولا يكتفى بالمعرفة بالوجه، بل لا بد من المعرفة بالوجه والاسم والنسب.

وقال أبو يوسف: تندفع بالبرهان لو عرف بالصلاح [٣٤٢/ب]، لا لو عرف بالحيل.

وقال ابن شبرمة قاضي بغداد: لا تندفع مطلقاً وإن برهن؛ لأنه صار خصماً بظاهر يده، ولا يخرج عنه بإقامة البينة على هذه الأشياء؛ لأنه لا يثبت الملك للغائب

وَبِه يُؤْخَذُ.

وإِنْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوَدعهُ من لَا نعرِفُهُ.. لَا تَنْدَفعُ، بِخِلَاف قَوْلهم: نعرُفه بِوَجْهِهِ لَا باسمِهِ وَنسبِهِ؛ حَيْثُ تَنْدَفعُ عِنْدَ الإِمَامِ، ....

بهذه البينة، وخروجه من أن يكون خصماً إنما يكون في ضمن ثبوت الملك لغيره.. فلا يثبت المتضمن بدون أصله.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع عنه الخصومة بإقراره للغائب من غير حاجة إلى إقامة البينة.

واختلف في المختار من هذه الأقوال؛ ففي «البزازية»: وتعويل الأئمة على قول محمد، وقال المصنف: (وبه) أي: بقول أبي يوسف (يؤخذ)، والوجه فيه ما ذكرناه.

(**وإن قال الشهود**) أي: شهود المدعى عليه على الإيداع وغيره من الأشياء المذكورة: (**أودعه من لا نعرفه.. لا تندفع**) الخصومة عنه بالاتفاق من غير ابن أبي ليلى؛ لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولم يعرفوه، ولأن ذا اليد ما أحال المدعي على معين يمكنه اتباعه؛ فلو اندفعت الخصومة.. تضرر المدعي.

ولو قال ذو اليد: أودعينه أو رهنه رجل لا أعرفه، وقال الشهود: أودعه فلان ابن فلان.. ذكر الخصاف: أن القاضي لا يقبل الشهادة، ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد؛ لأن دعوى ذي اليد الإيداع هنا غير صحيح؛ لجهالة المودع، والشهادة لا تقبل من غير دعوى صحيحة، كذا في «المحيط».

(**بخلاف قولهم: نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه؛ حيث تندفع**) الخصومة (**عند الإمام**).

كما تندفع بالاتفاق في قولهم: نعرفه باسمه ونسبه ووجهه؛ لأنه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم، فوجب قبولها.

وكما تندفع عند بعض المشايخ في قولهم: نعرفه باسمه ونسبه، ولا نعرفه بوجهه. كذا في «المحيط».

خلافاً لِمُحَمدٍ.

(خلافاً لمحمد)؛ حيث قال: لا تقبل، ولا تندفع عنه الخصومة، بل لا بد من المعرفة بالطرق الثلاث؛ بالوجه، والاسم، والنسب؛ لأن المعرفة بالوجه فقط ليس بمعرفة.

وفي «البزازية»: ولو قال الشهود: أودعه من نعرفه بالطرق الثلاث، لكن لا نقول، ولا نشهد به.. لا تندفع الخصومة.

ولو شهدوا أنه دفعه إليه رجل معروف، لكن لم ينصوا على أنه ملك ذلك المودع الغائب.. تندفع؛ لأن المقصود دفع الخصومة لا إثبات الملك للغائب، حتى لو عاين الحاكم دفع الغائب إليه، أو علم إقرار المدعي بالإيداع [٣٤٣/أ].. تندفع.

وكذا تندفع لو قالوا: أودعه فلان، لكن لا ندري لمن ذلك الشيء، أو قالوا: كان هذا الشيء في يد فلان الغائب، لكن لا ندري: أدفعه إليه أم لا، وقال ذو اليد: هو دفعه إلي.. يندفع.

ولو قال المدعي: وهبه لك بعد الإيداع، أو باعه منك بعده.. يحلف ذو اليد على أنه ما وهبه لك، ولا باعه منك؛ لأنه لو برهن عليه.. تقبل.

فإذا أنكر.. يحلف.

فإذا برهن على إيداع الغائب أو إيجاره أو رهنه واندفع الخصومة عنه فحضر الغائب وبرهن ذو اليد أيضاً على أن الغائب الآخر أودعه أو أجره أو رهنه.. تندفع الخصومة أيضاً.

الكل في «البزازية».

فإن قيل: إن دعوى الإيداع والإجارة والرهن ونحوها من ذي اليد إقرار منه بأن هذا الشيء ملك للغائب.. فلا يسمع دعواه بعده لنفسه ولا لغيره، فكيف تندفع عنه الخصومة فيما إذا برهن على أن الغائب الآخر أودعه أو أجره بعد إقراره للغائب الأول؟

قلنا: لا نسلم أن دعوى هذه الأشياء للغائب إقرار منه بأن هذا الشيء ملك الغائب، بل هو إقرار بأن هذا الشيء ليس ملكاً له، ولا يلزم منه الإقرار بأنه ملك الغائب، ولو سلم أنه إقرار منه بأنه ملك الغائب، ولكن لا يلزم منه كون هذا الشيء ملكاً للغائب في نفس الأمر.. فله أن يدعي الإيداع لغائب آخر للدفع، ما لم يقم الغائب الأول بينة على أنه ملكه.

وفائدة إقراره للغائب الأول: إنما تظهر في دفع دعوى المدعي، ولو سلم أنه يلزم منه كونه ملكاً للغائب الأول.. لكنه ضمناً لا قصداً؛ لأنه ليس بإقرار صريح، بل ضمني، ولا معتبر بالضمينات.. فله دعوى الإيداع للغائب الآخر للدفع.

ومما يجب ههنا حفظه: أن المساومة، والاستيداع، والاستعارة، والاستئجار، والاستيهاب: بما يندفع بها الدعوى، وكذا الشهادة بها كالمسائل الخمسة المذكورة؛ لأنها إقرار بالملك للبائع والمودع والمعير والمؤجر، أو بعدم كونه ملكاً له ضمناً؛ كالأشياء الخمسة.

والفرق بينه وبين الإقرار الصريح يظهر فيما إذا وصل العين إلى يده.. يؤمر بالرد إلى المقر له؛ أعني: المودع والمعير والمؤجر والواهب في فصل الإقرار الصريح.

ولا يؤمر في فصل الإقرار الضمني؛ أعني: بيانه أنه اشترى متاعاً من إنسان وقبضه، ثم إن أب المشتري استحقه بالبرهان [٣٤٣/ب] من المشتري وأخذه، ثم مات الأب وورثه الابن المشتري.. لا يؤمر برده إلى البائع، ويرجع بالثمن على البائع، ويكون المتاع في يد المشتري، هذا بالإرث.

ولو كان أقر عند البيع بأنه ملك البائع، ثم استحق أبوه من يده، ثم مات الأب وورثه الابن المشتري هذا.. لا يرجع إلى البائع؛ لأنه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء الأول؛ لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن.

وفي «الزيادات»: ساوم ثوباً، ثم ادعى أنه كان له قبل المساومة، أو كان لأبيه يوم مات قبل ذلك، وتركه ميراثاً له.. لا يسمع.

أما لو قال: كان لأبي، وكلك بالبيع فساومته، ولم ينفق البيع.. يسمع؛ لإمكان التوفيق؛ كذا في دعوى «البزازية».

وقال فيها أيضاً: لو ادعى رجل شراء ثوب، وشهدا له بالشراء من المدعى عليه، ثم زعم أحد الشاهدين: أن الثوب له أو لأبيه، ورثه هو عنه.. لا يسمع.

وكذا إذا شهدا بالاستئجار أو الاستيداع أو الاستيهاب أو الاستعارة من المدعي.. بطل دعواه لنفسه أو لغيره.

وقال في دعوى «قاضي خان»: إذا أقام المشهود عليه البينة أن المدعي ساومه بالمدعى به.. قبلت بينته، وبطلت بينة المدعي؛ لأن الاستيام إقرار الملك للبائع، أو إقرار من المساوم بأن لا ملك له فيما ساومه.

فلو أن المدعي بعد بينة المدعى عليه على هذا الوجه أقام البينة: أن صاحب اليد استام من المدعى بها.. قبلت هذه البينة، ويبطل الدفع الأول؛ لأن في رواية «الجامع»: الاستيام إقرار بالملك للمستام منه، فكان المدعي بهذا الدفع مدعياً إقرار صاحب اليد أنها ملك المدعي، والتناقض يبطل بتصديق الخصم، وهو صاحب اليد، فيصير في التقدير كأن صاحب اليد ادعى أن المدعي أقر بأن الدار ملك صاحب اليد، ثم إن المدعي ادعى أن صاحب اليد أقر بعد ذلك أن الدار ملك المدعي، ولو كان هكذا.. يبطل دفع صاحب اليد.

واعلم: أن الخصومة كما تندفع بدعوى المدعى عليه واحداً من الأشياء الخمسة المذكورة وإثباته بالبرهان.. كذلك تندفع بدعوى المدعى عليه إقرار المدعي بواحد من الأشياء المذكورة، وإثباته بأن هذا المدعي أقر بأن هذا الشيء الذي يدعيه أودعنيه فلان الغائب أو آجرنيه [٣٤٤/أ] أو أعارنيه وبرهن عليه.

وهذا بناء على ما تحقق وتقرر: أن دعوى الإقرار معتبر في طرف الدفع، فيندفع بها دعوى الاستحقاق من المدعي، على ما عليه عامة المشايخ.

وقيل: إنه غير معتبر، والمختار هنا: قول العامة أيضاً على عكس ما في طرف الدفع.

والأصل في هذا: أن الدفع للإبقاء لا للإثبات، والاستحقاق لإثبات ما لم يكن لا للإبقاء، والظاهر يكفي للإبقاء إلى الإثبات؛ لأن الإثبات قوي.. فلا بد له من حجة قوية، والإقرار حجة ظاهرة، فيكفي للدفع والإبقاء لا للإثبات.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما ذكره الخصاف: ادعى أنه أقر بهذا العين لأبيه أو لجده، ولا وارث له غيره، أو أقرَّ بأنه له، ولم يقل: إنه ملكي.. قيل: يحكم له به؛ كما لو شهدوا أنه له.

وأكثرهم: على أنه لا يحكم له حتى يقول: هو ملكي؛ لأن دعوى الملك بناء على الإقرار المجرد لا تصح، نص عليه في «الأقضية».

وفي «البزازية»: والفتوى على قول الأكثر.

ومنها: ما ذكره في «المنتقى»: ادعى شيئاً وبرهن عليه عند الحاكم، وحكم به له، فقَبْلَ قبضِهِ برهن المطلوب بأن المدعي أقر أنه لا حق له فيه؛ إن كان شهدوا على هذا الإقرار قبل القضاء به للمدعي.. بطل شهود المدعي ودعواه أيضاً، وإن بعد القضاء.. لا يبطل.

وذكر في «المنتقى» أيضاً في موضع آخر: برهن المالك على الغاصب بأنه غصب منه هذا الشيء، وادعى الغاصب أن المالك هذا أقر به له.. أتقبل منه الحجة والمغصوب في يده، أم يأمره بتسليم الغصب، ثم يسأله الحجة؟

قال: إن كان برهانه حاضراً.. قبله وأقر العين في يد المدعى عليه، وإلا.. لا يؤخر.

برهن على أن هذا إرث له عن أبيه، فبرهن المطلوب على إقرار أبيه حال حياته أنه لا حق له فيه، أو برهن على إقرار المدعي حال حياة أبيه، أو بعد مماته: أنه لم يكن لأبيه.. بطل دعوى المدعي وبرهانه.

وكذا لو برهن المطلوب على إقرار المدعي قبيل دعواه أنه ليس له، أو ما كانت له، أو لا حق فيه وهناك من يدعيه.. بطلت بينة المدعي.

وفي «الأصل»: برهن المطلوب على إقرار الوكيل: أن هذا المدعى به ليس لموكله.. بطلت بينة الوكيل.

وهذه المسائل تدل على أن دعوى إقرار المدعي مسموعة في طرف الدفع لا في طرف الاستحقاق، هكذا ذكره [٣٤٤/ب] في دعوى «البزازية».

ثم قال وتمامه ما ذكر في «الذخيرة»: ادعى أن له عليه كذا، أو أن العين الذي في يده لما أنه أقر له به، أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال: إنه أقر أن هذا لي، أو أقر أن لي عليه كذا.. قيل: يصح.

وعامة المشايخ: على أنه لا يصح؛ لعدم صلوح الإقرار للاستحقاق؛ كالإقرار كاذباً، فلا يصح الإقرار لإضافة الاستحقاق إليه، بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على المدعي؛ بأن برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه، أو بأنه ملك المدعى عليه.. حيث يقبل.

وقيل: لا يقبل في طرف الدفع أيضاً.

وعامة المشايخ: على أنه يقبل في طرف الدفع؛ للفرق بينهما.

وأجمعوا أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر به المدعى عليه.. يقبل؛ لأنه لم يجعل الإقرار علة الاستحقاق.

ولو برهن عليه أيضاً.. يقبل.

ولو أنكر الإقرار في هذه الصورة.. هل يحلف على إقراره؟

قيل: إنه على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

والفتوى: على أنه يحلف على المال لا على الإقرار.

وذكر القاضي: أن دعوى المال بناء على الإقرار مقبولة عند عامة المشايخ وإن كان في طرف الاستحقاق، وهذا خلاف ما ذكرناه من «الذخيرة».

والمختار: ما في «الذخيرة».

وهذا كله على قول من جعل الإقرار إخباراً وأما على قول من جعله تمليكاً للحال.. يقبل بلا خفاء، كذا في «البزازية»، وسيأتي بيانه في كتاب الإقرار.

واعلم: أن الدعوى إنما تندفع بدعوى المدعى عليه شيئاً من الإيداع والإعارة والإجارة والرهن والغصب إذا كان العين المدعى به قائماً في يد المدعى عليه حين الدعوى، وإلا.. فلا تندفع؛ كما إذا كان عبداً في يد رجل مات، وجاء رجل يدعي وأقام بينة: أنه عبده، وأقام ذو اليد بينة: أن العبد كان وديعة في يده من جهة فلان، أو كان بإجارة في يده من جهة فلان أو عارية.. فإنه لا يندفع عنه الخصومة، ويقضي القاضي بقيمة العبد للمدعي.

والفرق بين هذا وبين ما كان العين قائماً في يده وقت الدعوى: أن العين إذا كان قائماً في يده.. يقع الدعوى في العين، والمدعى عليه إنما ينتصب خصماً له في العين بظاهر يده؛ فإن ظاهر اليد يدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك، وبإقامة البينة أن العين وديعة عنده ظهر [٣٤٥/أ] أن يده ليست يد ملك، فيندفع عنه الخصومة.

أما إذا كان العين هالكاً.. فالدعوى تقع في الدين، ويحتمل الدين الذمة.. فالمدعى عليه ينتصب خصماً عنه للمدعي بذمته، وبإقامة البينة: أن العين الهالك كان في يده وديعة .. لا يتبين أن ذمته لغيره، فلا تتحول الخصومة عنه.

وإذا كان عبد أيضاً في يد رجل أبق من يده، وجاء رجل يدعي أنه عبده، وأقام

وَلَو قَالَ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ.. لَا تنْدَفُع.

بينة، وأقام صاحب اليد بينة: أنها وديعة أو إجارة أو رهن أو غصب من فلان الغائب.. فلا تندفع عنه الخصومة كما في الموت؛ لأن الإباق يوجب ضمان القيمة؛ كالموت بعينه، إلا أنه في فصل الإباق إذا قضى القاضي بقيمة العبد الآبق للمدعي على المدعى عليه؛ أعني: أبق العبد من يده، ثم عاد العبد من الإباق.. ففي صورة الوديعة والإجارة والرهن.. يعود على ملك الغائب، وفي الغصب والعارية.. يعود على ملك من أبق العبد من يده.

ووجه الفرق: مذكور في «المحيط».

(ولو قال)؛ أي: المدعى عليه: (اشتريته منه)؛ أي: من فلان الغائب (.. **لا تندفع**) الخصومة؛ لأنه لما زعم بدعوى الشراء أن يده يد ملك.. اعترف بكونه خصماً، فلا تندفع عنه خصومة المدعي؛ سواء ادعى عليه المدعي الشراء قبل شرائه، أو الإجارة قبله، أو الرهن قبله.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري هل يصير خصماً لن يدعي عليه إجارة أو رهناً أو شراء قبل شرائه، أم لا يصير خصماً؟

قال بعضهم: يصير خصماً.

وبعضهم لا يصير خصماً.

والمختار: هو الأول، ولهذا اختاره المصنف.

واختلفوا أيضاً: في أن المستأجر هل يصير خصماً لمن يدعي عليه الإجارة أو الرهن أو الشراء؛ بأن ادعى عليه أنه استأجر هذه الدار أو الدابة قبله، أو اشتراها قبله، أو ارتهنها قبله، أم لا يصير خصماً؟

قال بعضهم: يصير خصماً، قال صاحب «الذخيرة»: وهذا القول أقرب إلى الصواب.

وقال بعضهم: لا يصير خصماً، إلا أن يدعي عليه فعلاً؛ بأن يقول: استأجرتها منه وقبضتها منه، ثم قبضها مني؛ فإنه حينئذ يصير خصماً ويسمع البينة عليه.

وأما بدون دعوى الفعل عليه.. فلا ينتصب خصماً منه.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الصحيح: أن المستأجر الثاني لا يكون خصماً حتى يحضر المالك بمنزله؛ لأنه لا يدعي ملك العين، فلا يكون [٣٤٥/ب] خصماً للأول.

قال في «العمادي» و«الفصولين»: والحاصل: أن المستأجر لا يكون خصماً لمن يدعي الإجارة، ولا لمن يدعي الرهن، ولا لمن يدعي الشراء، والمشتري يكون خصماً للكل، وكذلك الموهوب له، قال هذا القول: الإمام المعروف بخواهرزاده. انتهى.

هذا، وكذا لا تندفع فيما ادعى عليه الخارج الشراء منه وبرهن المدعي عليه: أنه مودع فلان الغائب، وهذا اتفاقي فيما إذا ادعى الشراء منه بدون القبض.

وأما إذا ادعى الشراء منه مع القبض.. ففيه خلاف:

قيل: يندفع؛ لأنه كدعوى الملك المطلق، ألا ترى أنه لو برهن على أنه باع منه عبداً مجهولاً وسلمه إليه.. تقبل، مع أن الجهالة تمنع صحة البيع، لكن لما اقترن به ذكر التسليم.. حمل على دعوى الملك المطلق.

وأكثرهم: على أنها لاتندفع؛ لأن السبب بعدما ذكر.. لا يلغى. كذا في «البزازية»؛ حيث قال: وإن ادعى الفعل عليه؛ بأن قال: غصبته مني، أو أودعتك، أو اشتريت منك، وبرهن ذو اليد على وصوله إليه من الغائب الفلاني على وجه لا يفيد ملك الرقبة له كالإيداع مثلاً.. لا يندفع.

بخلاف دعوى الملك المطلق؛ حيث يدفع فيه. والفرق ما عرف: أن دعوى الملك المطلق لا تصح إلا على ذي اليد أو نائبه، والمودع ليس بذي يد ولا نائبه.

وَكَذَا لَو قَالَ الْمُدَّعِي: سَرقتَهُ أَو غصبْتَهُ مني.

وإِنْ برهنَ ذُو الْيَد على إِيدَاعِ الْغَائِبِ، وَكَذَا إِن قَالَ: سرقَ مني، ....

بخلاف دعوى الفعل؛ فإنه يصح على غير ذي اليد؛ فإن دعوى الغصب تصح على الغاصب، وإن كان العين في يد غاصب الغاصب.

ثم قال: وفي دعوى الشراء إنما لا تندفع الخصومة عنه إذا ادعاه بدون القبض.

أما إذا ذكر معه القبض.. فهو دعوى الملك المطلق، فتندفع.

وجماعة من مشايخنا قالوا: لا تندفع أيضاً؛ لأن دعوى الشراء بقي معتبراً، ولهذا لا يحكم القاضي بالزوائد المنفصلة، ولا يكون للباعة أن يرجع بعضهم على بعض، ولو كان كدعوى الملك المطلق.. لكان الأمر بخلافه.

ووضع محمد المسألة في الدار، وقال: إنه يندفع.

والرواية في الدار رواية في العبد ونحوه.

وذكر الوتار: ادعى الشراء والقبض منه، وقال: لم أحدثت عليه اليد؟ فبرهن ذو اليد على إيداع الغائب عنده.. يندفع، معللاً: بأن دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق؛ لانقضاء الشراء بجميع أحكامه. انتهى.

(**وكذا**)؛ أي: لا تندفع (**لو قال** [٣٤٦/أ] **المدعي: سرقته**) أنت (**أو غصبته**) أنت (**مني وإن**) وصلية (**برهن ذو اليد على إيداع الغائب**)؛ لأنه صار خصماً له بدعوى الفعل عليه، لا بدعوى اليد، ولا يندفع بدعوى إحالة الملك إلى الغير؛ لأنه لم يدع الملك عليه، بل ادعى الفعل، وفعله لا يتردد بين أن يكون له ولغيره، حتى يقال: إنه أثبت بالبينة: أن فعله فعل غيره، بل فعله مقصور عليه، بخلاف دعوى الملك المطلق؛ لأن ذا اليد صار خصماً فيه بيده، ويده متردد بين أن يكون له ولغيره، وبإقامة البينة: أثبت أن يده لغيره.. فلا يكون خصماً.

(**وكذا**)؛ أي: لا يندفع (**إن قال**) المدعي: (**سُرِق**) على بناء المفعول (**مني**) وأقام المدعى عليه البينة: أن فلان الغائب أودعنيه.

خلافاً لمُحَمدٍ.

(خلافاً لمحمد)؛ حيث قال: تندفع؛ لأنه لم يدع الفعل عليه، فصار كما لو قال: غُصِب مني على بناء المفعول؛ فإنه يندفع بالاتفاق.

قال في الخامس عشر من دعوى «البزازية»: وإن ادعى على غير ذي اليد؛ بأن قال: غصبها مني فلان.. فهو كدعوى الملك الطلق على ذي اليد.

وكذا إذا ذكر باسم ما لم يسم فاعله؛ نحو: قوله: غصب مني.

وأما إذا قال: سرق مني.. فكذلك عند محمد، وهو القياس.

وفي الاستحسان - وهو قول الإمامين -: أنه كدعوى عليه؛ لأن في ذكر الفاعل إشاعة الفاحشة، بخلاف قوله: غصب مني. انتهى.

وقال فيها أيضاً: قال محمد: مودع الغاصب، وغاصب الغاصب حضم لمن يقول: إنه ملكي غصبه مني فلان، ثم غصبته منه، أو أودعه عندك. انتهى.

ولهما - وهو الاستحسان -: أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة، والظاهر: أنه هو الذي في يده، لا أنه لم يعينه درأً للحد عنه شفقة عليه.

فإن قيل: إذا لم تندفع.. فربما يقضى عليه بالعين فيجعل سارقاً، فما وجه درء الحد؟

أجيب: بأن وجهه أنه إذا جعل خصماً وقضي عليه بتسليم العين إلى المدعي؛ إن ظهر سرقته بعد ذلك بيقين.. لم يقطع يده؛ لظهور سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك.

ولو لم نجعله سارقاً.. اندفع الخصومة عنه، ولم يقض بالعين للمدعي، فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين.. قطعت يده؛ لظهورها قبل أن تصل العين إلى المالك، فكان في جعله سارقاً احتيالاً للدرء.

بخلاف ما إذا قال: غصب مني على بناء المفعول؛ لأنه لا حد فيه.. فلا يحترز عن كشفه [٣٤٦/ب].

وَلَو قَالَ الْمُدَّعِي: ابتعتُهُ من زيدٍ، وَقَالَ ذُو الْيَدِ: أودعنيهِ هُوَ.. اندفعَتْ بِلَا حجَّةٍ، إِلّا إِذا برهَنَ الْمُدَّعِي: أَنَّ زيداً وكَّلَهُ بِقَبْضِهِ.

(ولو قال المدعي: ابتعته من زيد، وقال ذو اليد: أودعنيه هو)؛ أي: زيد (.. اندفعت) الخصومة (بلا حجة)؛ لتوافقهما على أصل الملك لغيره، فيكون وصوله إلى ذي اليد من جهته.. فلم تكن يده يد خصومة.

(إلا إذا برهن المدعي: أن زيداً وكله بقبضه)؛ لأنه أثبت ببينة أنه أحق بإمساكه.

وفي قوله: «أودعنيه هو» إشارة إلى ما ذكره في «البزازية»: من أنه لو قال ذو اليد: أودعنيه وكيل زيد.. لا يندفع بلا حجة.

وقال فيها أيضاً من قبل هذه المسألة نقلاً عن «الذخيرة»: ادعى أنه له، غصبه منه فلان الغائب، وبرهن عليه، وزعم ذو اليد عليه: أن هذا الغائب أودعه عنده.. يندفع بلا برهان؛ لاتفاقهما على وصول العين من غيره، وأن صاحب اليد ذلك الرجل، بخلاف ما إذا كان مقام دعوى الغصب دعوى السرقة؛ فإنه لا يندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب منه في الاستحسان.

*   *   *

(بَابُ دَعْوَى الرجلَيْنِ)

لَا تعْتَبرُ بَيِّنَةُ ذِي الْيَد فِي الْملْكِ الْمُطلقِ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ فِيهِ أَحَقُّ.
لو برهنا على مَا فِي يَدِ آخرَ.. قضَي بِهِ لَهما.

(بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ)

(**لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق**)؛ أي: عن ذكر السبب والتاريخ والنتاج وغيرها، على ما سيأتي ذكره، وهذا؛ لأن الملك ثابت له باليد، فلا حاجة له إلى البينة فتلغو.

(**وبينة الخارج**)؛ أي: عن التصرف واليد (**فيه**) أي في الملك المطلق: (**أحق**) من بينة ذي اليد عند الثلاث؛ إن لم يؤرخا، وإن أرخ أحدهما فقط.. فبينة صاحب الوقت أولى عند أبي يوسف، خلافاً لهما على ما سيأتي.

وقال الشافعي: بينة ذي اليد أحق مطلقاً.

قلنا: إن الخارج هو المدعي.. فالبينة له؛ لما روينا: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لعدم الثبوت قبلها أصلاً، فكانت أولى؛ لأنها شرعت للإثبات، بخلاف بينة ذي اليد؛ لأنه وجد الثبوت قبلها بحكم اليد.

(**لو برهنا**)؛ أي: الخارجان في دعوى الملك المطلق (**على ما في يد آخر**)؛ أي: الثالث (.. **قضي به لهما**) على النصفين.

وقال الشافعي في رواية: تهاترتا؛ المتعارض وعدم الترجيح.

وفي رواية أخرى عنه: يقرع بينهما؛ لما روي عن سعيد بن المسيب: أن النبي ﷺ أقرع فيه وقال: «اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق».

ولنا: حديث تميم بن طرفة الطائي: أن النبي ﷺ قضى فيه بنصفين بينهما، وحديث القرعة كان في الابتداء وقت إباحة القمار، ثم نسخ بحرمة القمار، ولأن المطلق للشهادة [٣٤٧/أ] محتمل الوجود في حق كل منهما؛ بأن يعتمد أحدهما

بسبب الملك بأن رآه يشتري، فشهد على ذلك، والآخر يعتمد إليه فشهد على ذلك، فكانت الشهادتان صحيحتين، فيجب العمل بينهما ما أمكن، فيعمل بالتنصيف.

واعلم: أن الجملة في هذا الباب: أن الرجلين إذا ادعيا عيناً.. فلا يخلو؛ إما أن ادعيا ملكاً مطلقاً، أو شراء، أو إرثاً.

وكل قسم ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن يكون المدعي في يد ثالث، أو في أيديهما، أو في يد أحدهما.

وكل قسم ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن برهنا، أو لم يبرهنا، أو برهن أحدهما فقط.

والأول أربعة أقسام؛ لأنه:

إما أن لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً واحداً، أو تاريخاً متفاوتاً، أو أرخ أحدهما فقط.

فحصل أربع وخمسون قسماً:

- تسعة منها ما لم يبرهنا.. فالحكم فيها عدم سماع دعواهما، وترك العين على صاحب اليد، لكن لا على وجه القضاء، حتى لو أقاما أو أقام أحدهما البينة بعده.. يسمع.
- وتسعة منها ما يبرهن أحدهما دون الآخر.. فالحكم فيها: أن العين للمبرهن.
- فبقيت ست وثلاثون قسماً، وهي التي برهنا فيها، بيانها: أنهما إن ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا.. يقضى بينهما؛ لاستوائهما في الحجة.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق.. يقضى بالأسبق؛ لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى بالملك له، ثم لا يقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه.. لم يتعلق الملك منه، فلا يقضي له به.

ولو أرخ أحدهما فقط؛ عند أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف أولاً وعلى قول محمد آخراً.. لا عبرة للتاريخ، ويقضى به بينهما نصفين؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقديم ملكه؛ لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه، فجعل مقارناً رعاية للاحتمالين.

وعند أبي يوسف: للمؤرخ؛ لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ.. يثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته وقت تاريخ صاحبه شك.. فلا يعارضه.

وعند محمد: يقضى لمن أطلق؛ لأن دعوى الملك المطلق: دعوى الملك من الأصل، ودعوى المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، فكان المطلق أسبق تاريخاً [٣٤٧/ب]، فكان أولى.

هذا فيما إذا كان العين في يد ثالث، وإن كان في يدهما.. فكذلك الجواب؛ لأنه لم يترجح أحدهما على الآخر باليد، ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد.

وإن كان في يد أحدهما؛ فإن أرخا تاريخاً متساوياً، أو لم يؤرخا.. فهو للخارج؛ لأن بينته أكثر إثباتاً.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما؛ لما تقدم من أنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره.

وعن محمد: أنه رجع عن هذا القول وقال: لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره؛ لأن البينتين قامتا على مطلق الملك، ولم يتعرضا لجهة الملك، فاستوى التقدم والتأخر، فيقضى للخارج.

ولهما: أن البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع؛ فإن الملك إذا ثبت للشخص في وقت.. فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه، فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج، على معنى: أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من

قبله، وبينته على الدفع مقبولة، وعلى هذا: إذا كان العين في أيديهما.. فصاحب الوقت أولى عندهما، وعنده: يكون بينهما.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. فعند أبي يوسف: يقضي للمؤرخ؛ لأن بينته أقدم من المطلق.

وعند أبي حنيفة ومحمد: يقضى للخارج؛ سواء أرّخ الخارج أو ذو اليد؛ لأن التأريخ حالة انفراد أحدهما بالتاريخ الملك المطلق غير معتبر عندهما.

هذا كله في دعوى الملك المطلق.

وإن ادعيا الإرث من أبيهما؛ فإن كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا سواءً.. فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في الحجة.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وكان محمد يقول أولاً: يقضى به بينهما نصفان في الإرث والملك المطلق؛ لعدم اعتباره التاريخ، ثم رجع إلى قولهما.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. قضي بينهما نصفين إجماعاً؛ لأنهما لو ادعيا تلقي الملك من رجلين.. فلا عبرة للتاريخ.

وقيل: يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف.

ولو كان العين في أيديهما.. فكذا الجواب.

وإن كان العين في يد أحدهما ولم يؤرخ أو أرخا سواء.. يقضى للخارج.

وإن أرخا وأحدهما أسبق.. فهو لأسبقهما.

وعند محمد: للخارج؛ لأنه لا عبرة للتاريخ هنا.

وإن أرخ أحدهما لا الآخر.. فهو للخارج إجماعاً.

وقيل: للمؤرخ.

هذا في دعوى الإرث.

وأن ادعيا الشراء [٣٤٨/أ] من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء.. فهو بينهما نصفان؛ لاستوائهما في الحجة.

وأن أرخا وأحدهما أسبق.. يقضى لأسبقهما اتفاقاً.

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما، ولا تاريخ لملك البائعين.. فتاريخه لملكه لا يعتد به، وصار كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ، فيكون بينهما.

أما هنا: فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل، وإنما اختلفا في التلقي منه، وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه.. فيقضى له به، ثم لا يقضي به لغيره بعده، إلا إذا تلقى منه، وهو لا يتلقى منه.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. فهو للمؤرخ اتفاقاً؛ لأنه أثبت شراء لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى له به حتى يتبين تقدم شراء غيره عليه.

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت أحدهما لا الآخر.. فإنه يقضى بينهما نصفين؛ لأن كل واحد منهما، ثمة خصم عن تابعه في إثبات الملك له، وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه، ولعل ملك البائع الآخر أسبق، فلذا قضينا بينهما، وهنا اتفقا: على أن الملك لبائع واحد، فحاجة كل منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه لا إلى إثبات الملك للبائع، وسبب الملك في حق من وقت شهوده أسبق، فكان أولى.

وإن كان العين في أيديهما.. فهو بينهما، إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق.. فحينئذٍ يقضى لأسبقهما.

وإن كان في يد أحدهما.. فهو لذي اليد؛ سواءً أرخ أو لم يؤرخ، إلا إن أرخا وتاريخ الخارج أسبق.. فيقضى به للخارج كذا في «الفصولين»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

وَلَو علي نِكَاحِ امْرَأَةٍ.. سقطا، وَهِي لمن صدَّقتُه، فإنْ أرّخا.. فَالسَّابِقُ أَحَقُّ، وَإِن أقرَّت لأَحَدِهِمَا قبَل الْبُرْهَان.. فَهِيَ لَهُ، فإِن برهنَ الآخرُ بعد ذَلِكَ.. قضي لَهُ.

وَإِن برهن أَحدُهمَا فقضيَ لَهُ ثمَّ برهَن الآخرُ.. لَا يقبُل إلاّ إِنْ أَثبتَ سَبْقَهُ.

وَكَذَا لَا يقبلُ برهَانُ خَارجٍ على ذِي يَدٍ نِكَاحُه ظَاهِرٌ ....

(ولو) برهنا (على نكاح امرأة.. سقطا)؛ لتعذر العمل بهما في النكاح فيرجع إلى تصديق المرأة.

(وهي لمن صدقته)؛ لأن النكاح مما يحكم بتصادق الزوجين، هذا فيما إذا لم يؤرخا؛ (فإن أرخا.. فالسابق أحق)؛ لما فيه من زيادة الإثبات، ولأنه معارض له في ذلك الزمان.

(وإن أقرت) المرأة (لأحدهما قبل البرهان.. فهي له)؛ لتصادقهما (فإن برهن الآخر بعد ذلك.. قضي له)؛ لأن البينة أقوى من الإقرار.

ولو برهن أحدهما، ثم أقرت للآخر.. فالحكم فيه أيضاً بطريق الأولى.

ولو برهنا بعدما أقرت لأحدهما؛ فإن وقتا.. فالسابق أولى، وإن لم يوقتا.. فالذي زكت بينته أولى، وإن لم يتزك بينتهما [٣٤٨/ب] أو زكتا.. فعند بعض مشايخنا: يقضى للمقر له سابقاً.

وعند بعضهم: لا يقضى لواحد منهما.

(وإن برهن أحدهما فقضي له، ثم برهن الآخر) بعد ذلك (.. لا يقبل)؛ لأن الأول قد صح وتأكد بالقضاء ومضى، فلا ينتقض بما دونه، (إلا إن أثبت سبقه).. فحينئذٍ يقضي له؛ لأنه قد ظهر بسبق التاريخ خطأ الأول بيقين.

(وكذا لا يقبل برهان خارج على ذي يد نكاحه ظاهر)؛ لأن اليد الظاهرة دليل السبق؛ فلو قضي بالنكاح للخارج ببينة، ثم أقام صاحب اليد بينته.. تقبل بينته عند بعض المشايخ، لا عند بعض آخر، على ما في «العمادي».

إِلّا إنْ أثبتَ سَبْقَهُ.

(إلا إن أثبت) الخارج (سبقه).. فحينئذٍ تقبل بينة الخارج للسبق.

أقول: توضيح هذه المسألة: أن دعوى نكاح المرأة من رجلين؛ إما أن يكون في حال حياتها أو بعد موتها.

وإن كان في حال حياتها؛ فإما أن يكون متعاقباً أو معاً.

وإن كان معاً؛ فأما أن يكون ثمة بينة أو لا.

وإن لم يكن لهما بينة أصلاً؛ فأما أن يكون لأحدهما فقط شيء من اليد والدخول والإقرار من المرأة، أو لأحدهما شيء من هذه الثلاثة، وللآخر شيء آخر من هذه الثلاثة أيضاً؛ بأن يكون لأحدهما يد وللآخر دخول مثلاً، أو لا هذا ولا ذاك.

فإن كان لأحدهما فقط شيء من هذه الثلاثة.. فهي امرأته؛ لتأكد دعواه بما يدل على السبق؛ لأن كلاً من هذه الثلاثة يدل على السبق.

وإن كان لأحدهما شيء من هذه الثلاثة وللآخر شيء آخر منها؛ بأن يكون لأحدهما يد وللآخر دخول أو إقرار المرأة له.. فصاحب اليد أولى على ما قاله محمد بن الفضل.

ولو كان لأحدهما دخول وللآخر إقرار.. فصاحب الدخول أولى؛ قياساً على ما قاله محمد بن الفضل؛ لأن الدخول أقوى من الإقرار، ولم أره صريحاً.

وإن لم يكن لأحدهما شيء من هذه الثلاثة أصلاً.. لم يقض لواحد منهما لتهاتر دعواهما.

وإن ثمة بينة؛ فإما من طرف واخد أو من طرفين.

وإن كان من طرف واحد.. فأيهما أقام البينة فهي امرأته؛ سواء كان للآخر شيء من اليد والدخول والإقرار أو لم يكن؛ لأن البينة أقوى منها.

وإن كان من طرفين؛ فإما أن لم يؤرخا، أو أرخ أحدهما فقط، أو كلاهما تاريخاً مساوياً، أو متفاوتاً.

فإن لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً مساوياً؛ فإما أن يكون لأحدهما شيء من هذه المعاني الثلاثة أو لم يكن.

فإن لم يكن.. بطلت [٣٤٩/أ] البينتان؛ لأن النكاح حالة الحياة لا يحتمل الشركة، وليس أحدهما بأولى من الآخر؛ لعدم المرجح، بخلافه بعد الموت على ما سيأتي.

وإن كان لأحدهما شيء من هذه الثلاثة.. فبينته أولى؛ لتأكدها بما يدل على السبق ولتصادقهما في الإقرار، والنكاح مما يثبت بالتصادق.

إلا أن يقيم الآخر بينة على السبق.. فتقبل؛ لأن البينة أولى من اليد ونحوه.

وإن كان لأحدهما يد وللآخر إقرار وبرهنا.. قيل: يحكم للمقر له ترجيحاً بالإقرار.

وقيل: يحكم بذي اليد ترجيحاً باليد.

قلت: وهو الأولى؛ لأن اليد أقوى من الإقرار.

وإن أقام كل واحد منهما بينة على الدخول.. لا يقضى شيء من اليد والدخول والإقرار؛ فصاحب التاريخ أولى؛ لأنه أكثر إثباتاً.

وإن كان للآخر شيء من اليد والدخول.. فصاحب اليد والدخول أولى.

وكذا إذا كان للآخر إقرار، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية»؛ لأن كلاً من هذه الثلاثة من أسباب الترجيح.

وإن أرخا متفاوتاً.. فالسابق أولى؛ سواء كان للآخر واحد من هذه الثلاثة أو لم يكن؛ لأنها أكثر إثباتاً، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

هذا كله فيما كانت الدعوى حال حياتها.

وإن كانت بعد موتها.. ففي «قاضي خان»: يقضى لهما بميراث زوج واحد؛ لأن حكم النكاح بعد الموت: الميراث، وإنه يحتمل الشركة.

وقال في «الخلاصة». أما بعد موت المرأة.. إن أقاما بينة؛ إن كان تاريخ أحدهما أسبق.. يقضى له، وإن كان تاريخهما سواء، أو لم يؤرخا.. يقضى بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد نصف المهر، ويرثان ميراث زوج واحد.

وإن جاءت بولد.. يثبت النسب منهما، ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد. انتهى.

وهذا فيما إذا كان إقرار المرأة قبل البينة يبطل بينة الآخر.. فلا يعتبر قبلها.

وقيل: يعتبر، ولو كان قبلها.. فيقضي للمقر له.

والمختار عند الصدر الشهيد وصاحب «التتمة» و«البزازية»: هو الأول.

وقال في دعاوى «قاضي خان»: ادعت أختان على رجل، وأقامت كل واحدة منهما البينة أنه تزوجها أولاً.. كان ذلك إلى الزوج؛ إذا صدق واحدة منهما أنها نكحت أولاً.. كانت امرأته، وتبطل بينة الأخرى، ولا شيء لها من المهر إن لم يكن دخل بها.

وان قال الزوج: لم أتزوج واحدة منهما، أو قال: تزوجتهما جميعاً [٣٤٩/ب]، ولا أدري الأولى منهما [.. قال في «الكتاب»: فرق بينه وبينهما، وعليه نصف المهر بينهما؛ إن لم يكن دخل بواحدة منهما][1].

واعلم: أنه لو برهن الخارج وذو اليد على النكاح مطلقاً بلا تاريخ.. يقضى ببينة ذي اليد.

فلو قضي للخارج في النكاح ببينة، ثم برهن ذو اليد.. هل يقضى ببينته؟ اختلف فيه المشايخ.

وفي مطلق الملك فيما سوى النكاح.. لا تقبل بينة ذي اليد على الملك بعدما قضي عليه وفاقاً؛ كذا في «الفصولين».

---

(١) نقص من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٢/٢٣٨).

وإِنْ برهنا على شِرَاءِ شَيْءٍ من آخَر فَلِكُلٍّ نصفُه بِنصْفِ ثمنِهِ أَو تَركُه، وبتركِ أَحدِهِمَا بعد مَا قُضِيَ لَهما.. لَا يَأْخُذُ الآخرُ كُلَّه.

ههنا مسألة واقعة الفتوى: ادعى رجل نكاح امرأة، لها زوج ظاهر، وأنكر الزوج الظاهر.. هل المرأة للأول أو للثاني؟

ففي دعوى النكاح من «البزازية»: ادعى عليها نكاحاً، فقالت: كنت زوجته، لكني أُخبرت بوفاته فاعتددت وتزوجت بهذا.. فهي زوجة المدعي.

وهل يشترط حضور الثاني للتفريق؟

ففي دعوى «البزازية» أيضاً: لو ادعى نكاح امرأة لها زوج ظاهر.. يشترط حضور هذا الزوج أيضاً.

(**وإن برهنا على شراء شيء من آخر**) أي: من ثالث وهو صاحب اليد؛ لأن بيان ما كان لأحدهما يد أو تاريخ سيأتي عن قريب.

(.. **فلكل نصفه بنصف ثمنه**) الذي شهد به بينته، ويرجع بنصفه الآخر على البائع إن نقده؛ لاستوائهما في الدعوى والحجة، كما لو كان دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة بلا تاريخ أو تاريخ مساو.

(**أو تركه**)؛ لأن شرط العقد الذي يدعيه - وهو اتحاد الصفقة -، قد تغير عليه؛ فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل، فيرد ويأخذ كل الثمن، وللآخر أن يأخذ كل المبيع بكل ثمنه.

(**وبترك أحدهما بعدما قضي لهما**) بنصفين (.. **لا يأخذ الآخر كله**)؛ لأنه صار مقضياً عليه بالنصف، فانفسخ العقد فيه بقضاء القاضي، فلا يعود إلا بتجديد ولم يوجد.

فإن قيل: هو مدع، فكيف يكون مقضياً عليه؟

قلنا: إنه خصم في النصف الذي قضي به عليه لظهور استحقاق كل واحد منهما الكل بالبينة لولا بينة الآخر، بخلاف ما لو ترك أحدهما قبل ما قضي لهما؛ لأن

فإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا يَدٌ أَو تَارِيخٌ.. فَهُوَ أولى.

وإِنْ أرّخا.. فَالسَّابِقُ أولى.

وإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا يَد وَللْآخرِ تَارِيخٌ.. فذو الْيَدِ أولى.

للآخر حينئذٍ أن يأخذ الجميع؛ لأنه يدعي الكل، والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه، وزال مزاحمة الآخر بتركه وهو المانع، هذا فيما إذا لم يكن لأحدهما يد ولا تاريخ، أو لهما تاريخ مساوٍ.

(**فإن كان لأحدهما يد أو تاريخ**) دون الآخر (**.. فهو أولى**) من الآخر.

أما الثاني: فلأنه ثبت له الملك في ذلك الوقت بتوقيته، ووقع الشك [٣٥٠/أ] في ملك الآخر.. فلا يقضى للآخر بالشك، ولا يثبت له الملك.

وأما الأول: فلأن تمكنه من قبضة اليد يدل على سبق شرائه.

وتحقيق هذا: يتوقف على مقدمتين:

إحداهما: أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته.

والثانية: أن ما بعد الموت بعدية زمانية.. فهو بعد.

فإذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء الآخر أمران حادثان؛ فأقرب أوقاتهما: هو زمان الحال، فيضافان إليه ويثبتان فيه، ولا شك أن قبض القابض: بعد شرائه زماناً، ويلزمه أن يكون شراء الآخر بعد شراء القابض؛ لأن شراء الآخر وقبض القابض مقارنان زماناً؛ لما ذكرناه: أنهما يضافان إلى زمان الحال، وقد عرفت أن قبض القابض بعد شرائه زماناً، فكذا ما معه بالزمان.. فثبت أن شراء القابض مقدمة على الآخر، فيكون أولى منه.

(**وإن أرّخا**) بتاريخ متفاوت (**.. فالسابق أولى**)؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به.

(**وإن كان لأحدهما يد وللآخر تاريخ.. فذو اليد أولى**)؛ لأن القبض متى وجد بيقين.. لا ينقض بالشك، وتاريخ الآخر محتمل، فلا ينقض به اليد الثابتة بيقين، إلا

وَالشِّرَاءُ أَحَقُّ من هبةٍ وَصدقَةٍ مَعَ قبضٍ.
وَالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا لَا يحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ سَوَاءٌ.

أن يشهدوا أن شراه كان قبل شراء ذي اليد.. فحينئذٍ يكون الخارج أولى؛ لأن الصريح أولى من الدلالة، والبينة صريح، واليد دلالة.

(**والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض**)؛ يعني: ادعى أحدهما: الشراء من رجل، والآخر: الهبة أو الصدقة من ذلك الرجل مع القبض، وبرهنا ولا تاريخ لهما.. فبينة الشراء أحق؛ لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى، ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه، والهبة والصدقة لا يثبته إلا بالقبض، فكان الشراء والهبة والصدقة ثابتين معاً، والشراء مثبت للملك دونهما؛ لتوقفهما على القبض.. فالمثبت أولى.

(**والهبة والصدقة**) المقبوضتين؛ يعني: ادعى رجل: هبة مقبوضة، والآخر: صدقة مقبوضة، وأقاما البينة؛ فإن وقت أحدهما دون الآخر.. قضي بها لصاحب الوقت إن لم يكن في يد من لم يوقت.

وإن كان في يده.. قضي بها له؛ لأن اليد دليل السبق.

إلا أن يقيم الموقت بينة أخرى: أن وقته أقدم.

وان لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين لأحدهما.. فهو (**فيما لا يحتمل القسمة**) كالحمام والرحى [٣٥٠/ب] والعبد والدابة (**سواء**)، فيقضى به بينهما؛ لاستوائهما في وجه التبرع، ولا ترجيح بلزوم الصدقة؛ حيث لا يصح الرجوع فيها - لوصول العوض إليه وهو الثواب - كما صح في الهبة؛ لأنه ترجيح بما يظهر أثره في ثاني الحال، والترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال.

واختلفوا فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان.. قال بعضهم: إنه سواء أيضاً؛ كما فيما لا يحتملها؛ لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل، ثم الشيوع بعد ذلك طارٍ، وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة والهبة.

وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالْمهْرُ عِنْد أبي يُوسُف.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أولى، وعَلى الزَّوْجِ الْقِيمَةُ.

وقال بعضهم: لا يصح، ولا يقضى لهما بشيء؛ لأنه تنفيذ الهبة في الشايع، فصار كإقامة البينتين على الارتهان.

وقيل: هذا على قول أبي حنيفة؛ أما على قول صاحبيه.. فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف، على قياس هبة الدار لرجلين، وإلا.. صح أنه: لا يصح على قولهم جميعاً؛ لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف.. فإنما يقضى بالعقد الذي يشهد به شهوده.

وعند اختلاف العقدين.. لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي، ولكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها.

(**وكذا الشراء والمهر**)؛ يعني: ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد الذي في يده، وادعت المرأة على ذلك الرجل الذي هو صاحب يد أنه تزوجها على هذا العبد ولم يؤرخا، أو أرخا على السواء.. يقضى به بينهما على السواء.

(**عند أبي يوسف**)؛ لاستوائهما في القوة؛ فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه، وللمرأة على زوجها نصف قيمة العبد، ويرجع المشتري على الزوج بنصف الثمن إن كان نقده إياه.

(**وقال محمد الشراء أولى**)؛ لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب؛ فإن قدمنا النكاح.. بطل العمل بها، وإن قدمنا الشراء.. صح العمل بها؛ لأن التزويج على ملك الغير صحيح، والتسمية صحيحة، وتجب القيمة إن لم يجز صاحبه، فتعين تقديمه، (و) يجب (**على الزوج القيمة**)؛ عملاً بموجب العقد.

والجواب عن أبي يوسف على ما في «الأسرار»: أن المقصود من ذكر السبب هو ملك العين، والنكاح إذا تأخر.. لم يوجب ملك عين المسمى؛ كما إذا تأخر

وَالرَّهْنُ مَعَ الْقَبْضِ أولى من الْهِبَةِ مَعَه.
فإِنْ كانت بشرطِ الْعِوَضِ.. فَهِيَ أولى.
وإِنْ برهنَ خارجانِ على مِلْكٍ مؤرّخٍ ....

الشراء، فهما سواء في حق ملك العين، وبينة (**الرهن مع القبض أولى من**) بينة (**الهبة معه**)؛ أي: مع القبض [٣٥١/أ]، وهذا استحسان.

والقياس عكسه؛ لأن الهبة تثبت الملك، والرهن لا يثبته، والمثبت أولى.

وجه الاستحسان: أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى من التبرع.

وهذا إن لم تكن الهبة بشرط العوض.

(**فإن كانت بشرط العوض.. فهي**)؛ أي: فبينتها (**أولى**) من بينة الرهن؛ لأن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن؛ لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة.

ولم يذكر الشراء مع الهبة بعوض.. ففي «البحر»: إنهما سواء؛ مستدلاً بما ذكرناه: من أن الهبة بشرط العوض بيع انتهاء.

وقال فيه أيضاً: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض، والهبة مع القبض؛ فإن الملك في كل منهما متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. انتهى.

وفيه أيضاً: إنه لو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة.. فالنكاح أولى. انتهى.

(**وإن برهن خارجان على ملك**) مطلق (**مؤرخ**) بتاريخين متفاوتين؛ يعني: لو ادعى الخارجان ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث، وبرهنا عليه وأرخا تاريخاً متفاوتاً.. فالسابق أولى.

وأما لو لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً متساوياً.. فالعين بينهما نصفين، على ما تقدم في أول الباب.

أَو شِرَاءِ مؤرّخٍ من وَاحِدٍ غيرِ ذِي الْيَدِ.. فَالسَّابِقُ أولى.

وإِنْ برهَنَ أَحدُهُمَا على الشِّرَاءِ من زيدٍ، وَالْآخرُ عَلَيْهِ من بكرٍ، وَاتفقَ تاريخُهُما.. فهما سَوَاءٌ ....

(**أو شراء مؤرخ من واحد غير ذي اليد**)؛ يعني: ادعى الخارجان عيناً في يد رجل ثالث: بأنهما اشترياه من فلان ابن فلان غير ذي اليد، وهو الرابع، وبرهن كل من المدعيين الخارجين على الشراء من ذلك الفلان.

فقوله: «من واحد» متعلق بالشراء؛ احترز به عن المسألة الآتية؛ أعني: قوله: «وإن برهن أحدهما: على الشراء من زيد والآخر من بكر».

وقوله: «غير ذي اليد» احتراز عما سبق من قوله: «وان برهنا على شراء شيء من آخر»؛ لأن المراد بالآخر هنا: هو ذو اليد، وقد عرفت حكمها.

(**.. فالسابق أولى**) من كل من المسألتين؛ أما في الأولى.. فلأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى الملك إلا من جهته، والفرض أن الآخر لم يتلقاه منه، بل من غيره، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً، وقول محمد أولاً.

ثم قال محمد: يقضى بينهما، ولا يكون للتاريخ عبرة في الملك المطلق.

وإن أرخ أحدهما دون الآخر.. ففي رواية [٣٥١/ب] «النوادر» عن أبي حنيفة: أنه يقضى بينهما؛ لعدم العبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق.

وعلى قول أبي يوسف: يقضى لمن أرخ.

وعلى قول محمد: يقضى لمن لم يؤرخ؛ لأنه يدعي أولية الملك، وقد ذكرناه من قبل.

وأما في الثانية: فلأنه أثبت الملك في وقت لا منازع له فيه، فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت، وأن الآخر اشتراه من غير مالك.. فكان باطلاً.

(**وإن برهن أحدهما على الشراء من زيد، والآخر من بكر واتفق تاريخهما.. فهما سواء**) عليه في استحقاق المدعى، فيصير بينهما؛ لأنهما يثبتان الملك لبائعهما،

وَكَذَا لَو وَقَّتَ أَحدُهُمَا فَقَط.

وَلَو برهنَ خَارجٌ على الشِّرَاءِ من شخصٍ، وَآخرُ على الْهِبَةِ وَالْقَبْضِ من غَيره، وَآخرُ على الْإِرْثِ من أَبِيه، وَآخرُ على الصَّدَقَةِ وَالْقَبْضِ من رَابعٍ، قُضِيَ بَينهم أَربَاعاً.

وَلَو برهنَ خَارجٌ على مِلْكٍ مؤرخٍ، وَذُو الْيَدِ على مِلْكٍ أقدمَ مِنْهُ.. فَهُوَ أَولى، خلافاً لمُحَمدٍ فِي رِوَايَة.

فيصير كأنهما حضرا وادعيا وأرخا تاريخاً واحداً، ثم يخير كل واحد منهما؛ إن شاء.. أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء.. ترك على ما سبق.

(وكذا)؛ أي: فهما سواء في استحقاق المدعي (**لو وقت أحدهما فقط**)؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقديم الملك؛ لجواز أن يكون الآخر أقدم منه، فيقضى بالنصف بينهما.

بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من رجل واحد؛ لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته؛ فإذا أثبت أحدهما تاريخاً.. يحكم به، إلا إذا أثبت الآخر أن شراءه أقدم منه.

(**ولو برهن خارج على الشراء من شخص، وآخر على الهبة والقبض من غيره، وآخر على الإرث من أبيه، وآخر على الصدقة والقبض من رابع.. قضي بينهم أرباعاً**)؛ لأنهم أثبتوا الملك لملكهم، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق، والحكم فيه: كذلك.

(**ولو برهن خارج على ملك مؤرخ، وذو اليد على ملك أقدم منه.. فهو**)؛ أي: ذو اليد (**أولى**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**خلافاً لمحمد في رواية**) رجع إليها آخراً؛ لأن بينته قامت على ملك مطلق عن جهة الملك، فكان التقدم والتأخر سواء.

وَكَذَا الْخلافُ لَو كَانَتِ الْيَدِ لَهما.

وَلَو برهَن خَارجٌ وَذُو يدٍ على مِلْكٍ مُطلقٍ، وَوقّتَ أَحدُهُمَا فَقَط.. فالخارجُ أولى.

لهما: أن البينة مع التاريخ المقدم متضمنة لمعنى الدفع على ما بيناه، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، ألا ترى أن من ادعى على ذي اليد عيناً وأنكر ذو اليد ذلك، وأقام البينة أنه اشتراه منه.. تندفع الخصومة.

بخلاف ما لو ادعى لخارج أن هذا العبد أو الدابة ملكي غاب عني منذ سنة مثلاً، وقال ذو اليد: ملكي منذ سنتين.. فإنه يقضى للخارج اتفاقاً، ولا يلتفت إلى بينة ذي اليد؛ لأن ما ذكر الخارج: تاريخ غيبة العبد لا تاريخ الملك، فكان دعواه في الملك المطلق عن التاريخ، وصاحب [٣٥٢/أ] اليد ذكر التاريخ، لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر، فكان دعوى صاحب اليد دعوى ملك مطلق كدعوى الخارج.. فيقضى ببينة الخارج، كذا في «الدرر».

وقال أيضاً في استحقاق «البزازية»: برهن على ملكية الحمار، وحكم على المشتري به، وأعطى الحاكم للمشتري سجلاً ليرجع به على بائعه، فجاء البائع إلى المستحق وقال: كم مدة غاب الحمار عنك؟ فقال: منذ نصف عام، فبرهن على أن الحمار في ملكه منذ سنتين.. لا يندفع؛ لأنه تاريخ الغيبة لا تاريخ ملك. انتهى.

(**وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما**)؛ يعني: لو كانت الدار مثلاً في أيديهما، فادعيا، وأقاما بينة، وأرخا تاريخاً متفاوتاً.. فبينة المقدم أولى عندهما، خلافاً لمحمد؛ لما مر من الجانبين.

(**ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق، ووقت أحدهما فقط.. فالخارج أولى**) عند أبي حنيفة ومحمد.

وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ: ذُو الْوَقْتِ أولى.

وَلَو كَانَ الْمُدَّعى فِي أَيْدِيهِمَا ....

(**وعند أبي يوسف**) وهو رواية عن أبي حنيفة: (**ذو الوقت أولى**)؛ لأن بينته قد دلت على تقدم الملك، فكانت أولى من الملك المطلق، وصار كالمدعيين للشراء من واحد إذا أرّخ أحدهما فقط.. كان صاحب التاريخ أولى، على ما تقدم.

ولهما: أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع - على ما قدمناه - ولا دفع ههنا؛ لأنه إنما يكون إذا تعين التلقي من جهته، وههنا وقع الشك في ذلك؛ لأنه بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقى من جهته لإمكان أن الآخر لو وقت.. كان أقدم تاريخاً منه.

بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم.

وبخلاف مسألة الشراء؛ لأن الشراء معنى حادث، وإذا لم يؤرخ.. حكم بوقوعه في الحال؛ بناء على أن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب أوقاتها، فكان المقدم أولى منه، والملك ليس معنى حادثاً، ولا يحكم بوقوعه في الحال.

قال شيخ الإسلام في «مبسوطه» في هذه المسألة: إذا أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر.. فعلى قول أبي حنيفة: الخارج أولى؛ لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حال الانفراد.

وعلى قول محمد الأول: يقضى لمن لم يؤرخ؛ لأنه أسبقهما تاريخاً.

وعلى قوله الآخر: لا عبرة للتاريخ، فيكون الخارج أولى، وهو قول أبي يوسف الأول.

وعلى قوله الآخر: يقضى لذي اليد؛ سواء كان التاريخ له أو للخارج.

(**ولو كان المدعى في أيديهما**).

اعلم: أنهما لو برهنا [٣٥٢/ب] على ملك مطلق والعين في أيديهما، ووقت أحدهما فقط.. اختلفوا في الحكم في هذه المسألة؛ ففي «الفصولين»: لا، كما في المسألة الآتية، واختاره المصنف.

أَو فِي يَدِ ثَالِث، وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا.. فهما سَوَاءٌ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أولى.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الَّذِي أَطلقَ أولى.

وإِنْ برهَن خَارِجٌ وَذُو يَدٍ على النِّتَاجِ.. فذو الْيَدِ أولى.

وفي «الهداية» و«العناية»: المدعى بينهما نصفان عند أبي حنيفة ومحمد؛ لعدم اعتبار التاريخ عندهما عند الانفراد، كما إذا لم يؤرخا، أو أرخا تاريخاً متساوياً.. فإن المدعى فيهما نصفان بينهما.

وللموقت عند أبي يوسف، كما في المسألة السابقة.

(أو) كان المدعى (**في يد ثالث والمسألة بحالها**)، يعني: برهنا على ملك مطلق والعين في يد ثالث، ووقت أحدهما دون الآخر (.. **فهما**) - أي المدعيان في المسألتين على ما اختاره المصنف اتباعاً لما في «الفصولين» - (**سواء**) في استحقاق المبيع بنصفين عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: الذي وقت أولى**.

وعند محمد: الذي أطلق أولى)؛ لأن الإطلاق دعوى أولية الملك؛ بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن، والمنفصلة كالأولاد والأكساب، ويدل على ملك الأصل، وملك الأصل: أولى من التاريخ.

ولأبي يوسف: أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين، والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح بالتيقن.

ولأبي حنيفة: أن التاريخ يزاحمه عدم التقدم؛ لأن الذي لم يؤرخ: سابق على المؤرخ من حيث إنه دعوى الأولية، ولاحق من حيث إن دعوى الملك المطلق تحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ؛ فإذا كان غير المؤرخ سابقاً من وجه، لاحقاً من وجه.. كان المؤرخ أيضاً كذلك، فاستويا، فيجعل كأنهما ملكا معاً، وعند ذلك: لا يمكن اعتبار معنى التاريخ.

(**وإن برهن خارج وذو يد على النتاج.. فذو اليد أولى**) في الاستحسان.

والقياس: عكسه، وبه أخذ ابن أبي ليلى؛ لأن بينة الخارج أكثر استحقاقاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج، واستحقاق الملك الثابت بذي اليد بظاهر يده، وذا اليد لا يثبتها: استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه.

ووجه الاستحسان: أن بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد، وهو الأولية بالنتاج، كبينة الخارج.. فاستويا، وترجحت بينة ذي اليد باليد، فيقضى له؛ سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده، على ما في «العناية».

وقيل: تهاترت البينتان، ويترك العين في يده لا على وجه القضاء [٣٥٣/أ]، حتى لو أقام الخارج بعده بينة.. تسمع، والصحيح: هو الأول، على ما في «الهداية».

واعلم: أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً؛ نحو الغصب أو العارية أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن.

وأما إذا ادعى ذلك.. فبينة الخارج أولى؛ لأن صاحب اليد أثبت ما هو ثابت بظاهر يده، والخارج يثبت ما لم يثبت من الفعل أصلاً، فكان أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً، ولأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، وهكذا ذكره في «العمادي» نقلاً عن «الذخيرة».

ثم ذكر نقلاً عن أبي الليث ما يخالف ذلك؛ حيث قال: دابة في يد رجل، أقام آخر بينة أنها دابته، أجرها من ذي اليد، أو أعارها منه، أو رهنها، وصاحب اليد أقام بينة على أنها دابته نتجت عنده.. فإنه يقضى بها لصاحب اليد؛ لأنه يدعي ملك النتاج، والآخر يدعي الإعارة والإجارة، والنتاج أسبق من الإعارة والإجارة.. فيقضى لذي اليد. انتهى.

والنتاج بالكسر اسم يشمل وضع البهايم من الغنم وغيرها.

ولا يشترط في الشهادة عليه رؤية انفصاله عن أمه، بل يكفي رؤية الولد عقيب أمه، على ما في «النهاية»؛ لحصول العلم بها.

وَكَذَا لَو برهَن كلٌّ على تلقِّي الْمِلْكِ من آخرَ، وعَلى النِّتَاج عِنْده.
وَلَو برهَن أَحدُهمَا على الْمِلْكِ الْمُطلق، وَالْآخرُ على النِّتَاجِ.. فَهُوَ أولى.
وَكَذَا لَو كَانَا خَارِجَينِ.
وَلَو قُضِيَ بالنتاجِ لذِي الْيَدِ ثمَّ برهَن ثَالِثٌ على النِّتَاجِ.. قُضِيَ لَهُ، إِلَّا أنْ يُعِيدَ ذُو الْيَدِ برهانَهُ، ....

(وكذا)؛ أي: بينة ذي اليد أولى إذا لم يدع الخارج عليه فعلاً كما ذكرناه (لو برهن كل) من الخارج وذي اليد (على تلقي الملك)؛ أي: أخذه (من آخر، وعلى النتاج عنده)؛ يعني: لو ادعى كل من الخارج وذي اليد تلقي الملك من رجل على حدة، وكان هناك بائعان، وأقام كل منهما بينة على النتاج عند بائعه.. فهو بمنزلة إقامة البينة على النتاج في يد نفسه، فيقضى به لذي اليد؛ كأن البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة؛ فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد، كذا ههنا، على ما في «العناية» و«غاية البيان».

(ولو برهن أحدهما)؛ أي: من الخارج وذي اليد (على الملك المطلق، والآخر على النتاج.. فهو) أي صاحب النتاج (أولى)؛ سواء كان خارجاً أو ذا يد؛ لأن بينته قامت على أولية الملك.. فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته.

(وكذا)؛ أي: بينة النتاج أولى (لو كانا)؛ أي: المدعيان الملك المطلق والنتاج (خارجين)؛ لما ذكرناه: أن بينة النتاج تدل على أولية الملك، فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته.

هذا [٣٥٣/ب] إذا ادعى أحد الخارجين الملك المطلق، والآخر النتاج.

وأما إذا ادعى الخارجان النتاج فأقاما البينة أنها نتجت عنده.. ففيه تفصيل سيأتي في آخر الباب.

(ولو قضى بالنتاج لذي اليد، ثم برهن ثالث على النتاج.. قضي له)؛ أي: للثالث، (إلا أن يعيد ذو اليد برهانه)؛ لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بالقضاء الأول؛

كَمَا لَو برهَن الْمقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمِلكِ الْمُطلقِ على النِّتَاجِ.. يُقبلُ، ويُنْقَضُ الْقَضَاءُ.

وكلُّ سَبَبٍ لَا يتَكَرَّرُ.. فَهُوَ مثلُ النِّتَاجِ؛ ....

فإذا أقام البينة على مدعاه.. يقضى له.

ثم إن ادعى ذو اليد بينة.. قضي له بها؛ تقديماً لبينته، وينقض القضاء على الثالث، وإن لم يعد.. فلا.

(**كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج.. يقبل وينقض القضاء**) الأول؛ لأنه بمنزلة النص في دلالته على الأولية قطعاً، وكان واقعاً على خلافه.. فلا يقبل وينقض.

وفي القياس: لا تقبل بينته؛ لكونه مقضياً عليه بالملك المطلق.

والجواب: منع كونه مقضياً عليه؛ لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي كان موجوداً والقضاء كان خطأً.. فلا يكون مقضياً عليه.

فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه؛ فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج، فينبغي أن لا ينقض القضاء لمصادفته موضع الاجتهاد.

أجيب: بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء، فيترجح باجتهاده بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء.. فلم يكن عن اجتهاد، بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد؛ فإذا أقام ما يدفع به.. انتقض القضاء الأول.

(**وكل سبب لا يتكرر.. فهو مثل النتاج**).

قد تقدم: أن القياس ترجيح بينة الخارج في دعوى النتاج على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى، وتركناه استحساناً؛ لما روى جابر أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل، فأقام البينة على نتاجها، وأقام ذو اليد على نتاجها كذلك.. فقضى رسول الله ﷺ لذي اليد،

كنسجِ ثِيَابٍ لَا تنسجُ إِلّا مرّةً، وكحلبِ اللَّبنِ، واتخاذِ الْجُبْن، واللِّبْدِ، والمرعزي، وجزِّ الصُّوف.

فلا يلحق بالنتاج غيره في هذا الحكم، إلا ما كان في معناه من كل وجه، وهو فيما لا يتكرر من الأسباب.

(**كنسج ثياب لا ينسج إلا مرة**) وهي الثياب القطنية.

(**وكحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد**) وزان: «حَمَل» ما تلبد من شعر أو صوف على ما في «المصباح».

(**والمرعزي**) بكسر الميم والعين المهملة، إذا شددت الزاي.. قصرت، وإن خففت.. مدت، وهي كالصوف تحت شعر العنز [٣٥٤/أ] على ما في «الكفاية».

(**وجز الصوف**) فإن رجلاً إذا ادعى أنه ملكه نسجه وحلبه من شاته وصنع الجبن في ملكه أو جزه من شاته، وادعى ذو اليد مثل ذلك، وأقام عليه بينة.. فإنه يقضى بذلك لذي اليد؛ لأنها في معنى النتاج من كل وجه، فيلحق به بدلالة النص.

قال في «قاضي خان»: ولو تنازعا في صوف أقام ذو اليد البينة أنها ملكه جزه من شاة هو يملكها، وأقام آخر البينة أن ملكه جزه من شاة ملكها.. يقضى به لذي اليد؛ لأن جز الصوف مما لا يتكرر، فما جز.. لا يجز ثانياً.

ولو أقام خارج البينة على شاة في يد غيره أنها شاته، وجز هذا الصوف منها، وأقام ذو اليد البينة: أن الشاة التي يدعيها له، وجز هذا الصوف منها.. فإنه يقضى بالشاة للمدعي؛ لأنهما ادعيا في الشاة ملكاً مطلقاً، فيقضى بالشاة للخارج، ثم يتبعها الصوف؛ لأن الجز ليس من أسباب الملك. انتهى. فليتأمل.

وقال في «المحيط» السرخسي: إذا كان الدعوى في جبن، فأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة أنه جبنه، صنعه في ملكه.. فهو للذي في يده؛ لأن الجبن لا يصنع إلا مرة واحدة.

وهذه المسألة على خمسة أوجه:

وَمَا يتَكَرَّرُ: بِمَنْزِلَة الْمِلْكِ الْمُطلقِ؛ كنسجِ الْخَزِّ، وكالبناءِ وَالْغَرْسِ وزراعةِ الْبُرِّ والحبوبِ.

أحدها: ما بيناه.

والثاني: إذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه، فيقضى به للمدعي.

والثالث: أن يقيم كل واحد منهما البينة أنه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذي اليد.

والرابع: إذا أقام كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه، فيقضى به للمدعي؛ لأن المنازعة في ملك الشاة، وبينة كل واحد منهما قامت على الملك المطلق، وفيه بينة الخارج أولى.

والخامس: أن يقيم كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته، ولدت في ملكه من شاته.. فبينة ذي اليد أولى. انتهى.

(**وما يتكرر بمنزلة الملك المطلق**) فقضى به للخارج؛ لعدم كونه في معنى المنصوص عليه من النتاج؛ (**كنسج الخز**) وهو اسم دابة، ثم يسمى به الثوب المتخذ من وبره.

قيل: هو ينسج؛ فإذا بلي.. يغزل مرة أخرى وينسج.

(**وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب**)؛ فإنه يبنى ويغرس [٣٥٤/ب] في موضع ثم ينقض ويقلع مرة ويبنى مرة أخرى ويغرس في موضع آخر.

وكذلك الحبوب تغربل فتزرع مرة أخرى.

وكذا المصنوع من الخشب كالصندوق والسرير ونحوهما ينقض ويصنع مرة أخرى.

وكذا المصنوع من نحاس أو حديد أو الحجرَين.

وَمَا أشكلَ: رَجَعَ فِيهِ إِلَى أَهلِ الْخِبْرَةِ؛ فإِنْ أَشكلَ عَلَيْهِم.. جُعِلِ كالمطلقِ.

وإِنْ برهنَ خَارجٌ على مِلْكٍ مُطلقٍ، وَذُو يَدٍ على الشِّرَاءِ مِنْهُ.. فَهُوَ أَولى.

وَإِن برهَن كلٌّ مِنْهُمَا على الشِّرَاءِ من صَاحبه، وَلَا تَارِيخَ لَهما.. تهاترا وَترك المَالُ فِي يَد ذِي الْيَد.

وَعند مُحَمَّد: يُقْضى للْخَارِج.

(**وما أشكل**) أنه مما يتكرر أو لا يتكرر (.. **رجع فيه إلى أهل الخبرة**)؛ لقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾؛ فإن قالوا: إنه مما لا يتكرر.. كان في معنى النتاج.

(**فإن أشكل عليهم**)؛ أي: على أهل الخبرة (.. **جعل كالمطلق**) في رواية أبي حفص الكبير، فيقضى به للخارج؛ لأن القضاء بالبينة هو الأصل، والعدول كان لما رويناه من خبر النتاج؛ فإذا عدم.. يرجع إلى الأصل.

وفي رواية أبي سليمان الجوزجاني: يحكم به لذي اليد.

وكذا الحال فيما إذا اختلف أهل الخبرة؛ بأن قال بعضهم: إنه مما لا يتكرر، وبعضهم: إنه مما يتكرر.. فيجعل كالمطلق في رواية حفص، وكالنتاج في رواية أبي سليمان الجوزجاني.

(**وإن برهن خارج على ملك مطلق، وذو يد على الشراء منه.. فهو**)؛ أي: ذو اليد (**أولى**)؛ لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك.. فذو اليد تلقى منه، ولا تتأتى في هذا، فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج، ثم ادعى الشراء منه.

(**وإن برهن كل منهما**)؛ أي: من الخارج وذي اليد (**على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ**) معهما (.. **تهاترا**)؛ أي: تساقطا (**وترك المال في**) يد (**ذي اليد**) عندهما.

(**وعند محمد: يقضى للخارج**)؛ عملاً بالبينتين مهما أمكن، وذلك بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض، ثم باع منه ولم يقبض هو، وهذا لأن

وإِنْ أرّخا فِي الْعَقارِ بِلَا ذكرِ قبضٍ، وتاريخُ الْخَارِجِ أسبقُ.. قُضِيَ لذِي الْيَد.

القبض دليل السبق، ولا يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولاً ثم باعه إياه؛ لأن ذلك يستلزم البيع قبل القبض، وذلك لا يجوز عنده وإن كان في العقار.

ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع، كذا ههنا.

وقوله: «عملاً بالبينتين مهما أمكن» ممنوع؛ لأن السبب إنما يراد لحكمه وهو الملك، والقضاء بالبينتين مع كون المال للخارج يستلزم القضاء بمجرد السبب بدون حكمه بالنسبة إلى بينة ذي اليد، وذلك غير جائز.

ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن.. فينتقصان عندهما إن استوى الثمنان؛ لوجود قبض [٣٥٥/أ] مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدا على نقد الثمن.. فالقصاص على مذهب محمد للوجوب عنده.. فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب.

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض.. تهاترتا بالإجماع، على اختلاف التخريج.

فعندهما: باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرارمن كل منهما بالملك لصاحبه، وفي هذا الإقرار: يتهاتر الشهود.. فكذلك ههنا.

وعند محمد: باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز؛ لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً، وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما أولى من الآخر في القبول.. تساقطا، فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت.

(وإن أرخا)، أي: البينتان (في العقار بلا ذكر قبض، وتاريخ الخارج أسبق.. قضي لذي اليد) عندهما، فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد؛ فإنه جائز في العقار عندهما.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: للْخَارِجِ.
وإِنْ أَثبتا قبضاً.. قُضِيَ لذِي الْيَدِ اتِّفَاقًا.
وَإِن كَانَ وَقتُ ذِي الْيَدِ أَسبقُ.. قُضِيَ للْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

(وعند محمد: للخارج)؛ لعدم صحة البيع قبل القبض عنده، فبقي على ملكه، فيجعل كأن ذا اليد اشتراه من الخارج، ثم باع منه ولم يسلم، وهذا لا يجوز عنده.

(وإن أثبتا قبضاً) وتاريخ الخارج أسبق **(.. قضي لذي اليد اتفاقاً)**؛ لأنه يجعل كأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، وذلك صحيح على القولين جميعاً.

(وإن كان وقت ذي اليد أسبق.. قضي للخارج في الوجهين)؛ يعني: سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا به.

أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فيجعل كأن ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج، فيؤمر بالتسليم إليه.

أطلق المصنف ذا اليد فشمل الثالث وأحد المدعيين، وفيه تفصيل مذكور في «المحيط»، ولنذكره تتميماً للفائدة، وهو: أنه متى تنازع اثنان في عين ادعى كل واحد منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم، أو ادعى أنه باعه من صاحبه بثمن معلوم، وأنكر صاحبه، وأقام كل واحد منهما البينة على ما ادعاه ولم يؤرخا.. فإنه يتهاتر البينتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ سواء أكان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث والثالث يجحد، وسواء كان الثمنان على السواء، أو أحدهما أنقص من الآخر.

إلا أن المبيع إذا كان في يد أحدهما [٣٥٥/ب].. فإنه يترك في يده قضاء ترك في جميع الروايات.

وإذا كان في يد ثالث.. ففي رواية بيوع «الجامع»: إنه يقضى بالمدعي بين المدعيين بالنصفين وإن كان لا يقضى بالعقدين.

وفي رواية أخرى: أنه يترك في يد الثالث قضاء ترك. هذا على قولهما.

وَلَا تَرْجِيحَ بِكَثْرَةِ الشُّهُودِ.

وقال محمد: متى تنازعا وادعى كل منهما أنه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم والعين في يد أحدهما؛ إن شهد الشهود بالعقد دون القبض.. فالقبض المعاين يجعل أولاً؛ كأن ذا اليد اشترى أولاً وقبض، ثم باع ولم يسلم، فيؤمر بالتسليم، ويجب لكل واحد منهما على صاحبه ما ادعى من الثمن، ويتقاصان إذا كانا على السواء.

وإن شهدوا بالعقد والقبض.. فإنه حينئذ يجعل القبض المعاين آخراً؛ كأن الخارج اشترى أولاً وقبضه، ثم باعه من صاحبه وسلم، فيقضى بالمبيع لذي اليد.

وإن كان العين في يد ثالث والمسألة بحالها؛ إن ادعى كل واحد منهما من الثمن مثل ما ادعاه الآخر.. يقضى بالمبيع بينهما نصفين؛ سواء شهدوا بالعقد دون القبض، أو شهدوا بهما.

إلا أنهم متى شهدوا بالعقد دون القبض.. يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه، ومتى شهدوا بهما.. فإنه يقضى لكل واحد منهما بجميع الثمن على صاحبه، ثم يتقاصان، وإن كان أحد الثمنين أنقص من الآخر؛ إن شهدوا بالعقد دون القبض.. فإنه يجوز عقد كل واحد منهما في النصف، ويبطل في النصف الآخر.

وإن شهدوا بهما.. فإنه يقضى لكل واحد منهما بما ادعى من العقد على صاحبه في الجميع، هذا ما ذكره في «المحيط» وما في تفصيله فيه.

(ولا ترجيح بكثرة الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته على ما في الأصول، حتى لو كان لأحدهما شاهدان عدلان، وللآخر ألف شاهد غير عدل.. يرجح الأول لعدالته، ولو كان لأحدهما اثنان عدلان وللآخر ألف عدول.. فهما سواء؛ لأن كل عدل علّة مستقلة بنفسه، ولهذا لا يترجح خبر الواحد بخبر آخر، ولا الآية بآية أخرى؛ لكون كل منهما علة مستقلة، والمفسر يرجح على النص، والنص على الظاهر؛ باعتبار القوة القائمة بهما.

واعلم: أن الأصل في باب ترجيح البينات: هو الإثبات؛ فأيهما أثبت.. فهو

أصح؛ لما ذكره في «المحيط» في فصل دعوى الملك المطلق: إن البينات [٣٥٦/أ] في الأصل وضعت للإثبات، فيطلب الترجيح من جانب الإثبات أولاً؛ فبما كانت أكثر إثباتاً.. كانت الأولى بالقبول، وبعد الاستواء في الإثبات.. يقع الترجيح بحكم اليد.

إذا ثبت هذا.. فنقول: بينة الخارج في دعوى الملك المطلق أكثر إثباتاً من بينة ذي اليد؛ لأن الخارج ببينته يثبت زيادة استحقاق على ذي اليد لا يثبته ذو اليد على الخارج ببينته؛ إذ ليس للخارج ملك ثابت بظاهر اليد حتى يستحق ذو اليد ذلك بينة عليه، فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً من حيث إثبات زيادة الاستحقاق بعد تساويهما في إثبات أولية الملك لصاحبها.

بخلاف ما إذا وقع الدعوى في النتاج؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات؛ لأن كل بينة أثبتت أولوية الملك لصاحبها، ولم يثبت استحقاقها على الآخر باعتبار التملك من جهته؛ لأن كل بينة نصبت على أولية الملك؛ حيث قال: نتجتْ عندي، وهذا لا يحتمل التملك من جهة صاحبه.. فاستويا في الإثبات، فرجحنا بينة ذي اليد بحكم اليد؛ لأن يده دليل على زيادة صدقه في دعواه.

وبخلاف ما لو وقع الدعوى في تلقي الملك من جهة ثالث؛ لأن هناك استوت البينتان في الإثبات والاستحقاق؛ لأن كل بينة أثبت الملك لصاحبه والانتقال من بائعه إلى نفسه وترجح صاحب اليد بحكم اليد.

وبخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد أنه عبده دبره أو أعتقه، وأقاما البينة؛ حيث يقضى ببينة ذي اليد؛ لأن الدعوى في الحاصل في الولاء؛ لأن العتق حاصل للعبد لتصادقهما، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد.

هذا إذا لم يذكرا تاريخاً، أو ذكرا تاريخاً مساوياً؛ لأن عند تساويهما في التاريخ.. لا عبرة للتاريخ، فتبقى الدعوى في الملك المطلق.

وإِنْ ادّعى أحدُ خارِجين نصفَ دَارٍ، وَالْآخرُ كلَّهَا.. فَالربعُ لِلْأَوَّلِ، وَعِنْدَهُمَا: الثُّلُثُ، ....

وإن كان تاريخ أحدهما أسبق.. فبينة الأسبق أولى؛ سواء كان هو الخارج أو ذو اليد.

أما إذا كان خارجاً: فظاهر؛ لأنه أكثر إثباتاً من حيث الاستحقاق من وقت سابق.

وأما إذا كان ذا يد: فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، ففي بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت، وإن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث إنه يستحق على صاحب اليد [٣٥٦/ب] الملك الثابت له بظاهر اليد واستويا في إثبات الاستحقاق من هذا الوجه.. يرجح بينة صاحب اليد، بحكم اليد كما في دعوى النتاج. انتهى.

فظهر منه: أن قولهم: «سبق التاريخ» من أسباب الترجيح راجع في الحقيقة إلى الترجيح بأكثرية الإثبات إن كان السابق خارجاً، وإلى الترجيح بحكم اليد إن كان السابق صاحب يد.

وكذا قولهم: «التاريخ من أسباب الترجيح فيما إذا ادعيا ملكاً مطلقاً وأرخ أحدهما فقط.. فبينة المؤرخ أولى» راجع إلى أكثرية الإثبات؛ فإن بينته أثبتت الملك والتاريخ معاً، وأثبت بينة من لم يؤرخ: الملكَ فقط.

(**وإن ادعى أحد خارجين نصف دار**) في يد ثالث، (و) ادعى (**الآخر كلها.. فالربع للأول**)، وثلاثة أرباعه لمن يدعي الكل بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وذلك أن من يدعي الكل لا ينازعه أحد في النصف.. فسلم له من غير منازعة، ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر، فيكون بينهما.. فسلم له ثلاثة الأرباع، وللآخر ربعه بطريق المنازعة.

(**وعندهما: الثلث**) للأول اعتباراً بطريق العول والمضاربة؛ لأن مدعي الكل

وَالْبَاقِي لِلْآخَرِ.

يدعي النصفين، والآخر النصف الواحد، وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف حتى يعطى لمدعي الكل نصفان وللآخر نصف واحد، فيعول إلى الثلاثة فيقسم الدار أثلاثاً على قدر حقهما؛ فثلثه: لمدع النصف، وثلثاه: لمدعي الكل.

(والباقي) أي ثلاثة أرباعها عند أبي حنيفة وثلثاها عندهما: (للآخر)؛ أي: لمدعي الكل.

اعلم: أن لهذه المسألة نظائر وأضداداً يحتاج بيانها إلى معرفة أنواع القسمة، وهي أربعة:

- **نوع منها يقسم بطريق العول بالاتفاق**، وهي في ثمانية مواضع:

أحدها: الميراث؛ إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها.. يقسم على طريق العول.

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها.. تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثالثة: إذا أوصى الرجل بثلث ماله، وللآخر بربع ماله، ولآخر بسدسه، ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث.. يقسم الثلث بينهم بطريق العول.

والرابعة: الوصية بالمحاباة؛ إذا أوصى أن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم [٣٥٧/أ]، وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي قيمته ألفا درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم.. كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق؛ إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه، وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه، وذاك لا يخرج من الثلث.. يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، وسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة؛ إذا أوصى لرجل بألف، ولآخر بألفين.. كان الثلث بينهما بطريق العول.

والسابعة: عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما.. يقسم الجاني بينهما بطريق العول؛ ثلثاه لولي القتيل، وثلثه للآخر.

والثامنة: مدبر جنى على هذا الوجه، ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية.. كانت القيمة بينها بطريق العول.

• **ونوع منها يقسم بطريق المنازعة بالاتفاق**، وهو في موضع واحد: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم، وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة، فأجاز المولى البيعين جميعاً.. يخير المشتريان؛ فإن اختار الآخذ أخذاً بطريق المنازعة: ثلاثة أرباعه لمشتري الكل، وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً.

• **ونوع منها يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وبطريق العول عندهما**، وهو في ثلاثه مواضع:

أحدها: مسألة الكتاب.

والثاني: إذا أوصى بجميع ماله لرجل، ولآخر نصفه، وأجازت الورثة.. عند أبي حنيفة: المال بينهما أرباعاً بطريق المنازعة، وعندهما: أثلاثاً بطريق العول.

والثالث: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، وبنصفه لآخر، وهو يخرج من ثلثه أو لا يخرج، وأجازت الورثة.. كان العبد بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة بطريق المنازعة، وأثلاثاً عندهما بطريق العول.

ونوع منها يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وبطريق المنازعة عندهما، وهو في خمسة مواضع:

الأول: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولبين مائة بأن باعه شيئاً نسيئة، وأدانه أجنبي آخر مائة، فبيع العبد بمائة.. عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين

المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثاً؛ ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى؛ لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه، وإدانة الأجنبي تصح في نصيبهما.

وعندهما: أرباعاً.

والثاني: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين، وبيع العبد.. عند أبي حنيفة: يقسم الثمن بينهما [٣٥٧/ب] أثلاثاً بطريق العول.

وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

والثالث: عبد قتل رجلاً خطأً وآخر عمداً، وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما.. يخير المولى بين الدفع والفداء؛ فإن فدى المولى.. يفدي بخمسة عشر ألفاً؛ خمسة آلاف لشريكه العافي، وعشرة آلاف لولي الخطأ.

وإن دفع.. يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة.

وأرباعاً عندهما.

والرابع: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى قيمته.. فعند أبي حنيفة: أثلاثاً.

وعندهما: أرباعاً.

والخامس: أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً، ولكل واحد منها وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب... سعت في ثلاثة أرباع قيمتها.. كان للساكت من وليي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة.

وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أن الأصل فيها: أن عند أبي حنيفة أن الوصول إلى الحق؛ إما بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه كالبيع والإرث، وإما بسبب غير صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق بانضمام معنى

وَإِن كَانَت فِي أَيْدِيهِمَا. فَكلُّهَا لمُدَّعِي الْكلِّ؛ نصفٌ بِقَضَاءٍ، وَنصفٌ بِلَا قَضَاءٍ.

آخر إليه كالدعوى والشهادة؛ فمن وصل إليه بالأول.. يأخذ بحسب كل حقه، ومن وصل إليه بالثاني.. يأخذ بقدر ما يصيبه حال المزاحمة.

وأن عندهما: أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين.. كانت القسمة بطريق العول، ومتى وجبت لا بسبب حق في العين.. فالقسمة بطريق المنازعة.

فعلى هذين الأصلين اتفقوا في مسائل ثمانية التي ذكرناها على العول؛ لجريان أصلهم فيها.

أما أصله: فلأن السبب فيها لا يحتاج إلى ضم شيء.

وأما أصلهما: فلأنها وجبت فيها بسبب حق في العين.

وفي مسألة واحدة مما ذكرناه اتفقوا على المنازعة لجريان أصلهما فيها أيضاً.

أما أصله.. فلأن بيع الفضولي ليس سبباً صحيحاً؛ لاحتياجه إلى الإجازة.

وأما أصلهما: فلأن حق كل من المشتريين كان في الثمن، فتحول إلى المبيع بالإجازة بالشراء.

وافترقوا في مسائل ثمانية أخرى، التي ذكرناها.. ففي ثلاثة منها بطريق المنازعة عنده، وبطريق العول عندهما.

وفي الخمس الأخرى: بالعكس، على ما هو مقتضى الأصلين المذكورين.

أما في مسألة [٣٥٨/أ] الكتاب.. فلأن سبب استحقاق كل من المدعيين هو الدعوى والشهادة، وهي تحتاج إلى اتصال القضاء بها، فليس بسبب صحيح.. فكانت القسمة بطريق المنازعة عنده، وأما على أصلهما: فلأن حق كل منهما في العين.. فكانت القسمة بطريق العول عندهما.

(وإن كانت) الدار **(في أيديهما فكلها لمدعي الكل؛ نصف بقضاء ونصف بلا قضاء)**؛ لأن دعوى كل منهما تنصرف إلى ما في يده؛ لئلا يكون في إمساكه ظالماً،

وإِنْ برهَن خارجانِ على نتاجِ دَابَّةٍ وأرّخا.. قُضِيَ لِمَن وَافقَ سنُّهَا تَارِيخَه.

وإن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد؛ فإذا كانت الدار في أيديهما.. فمدعي النصف لا يدعي على الآخر شيئاً، ومدعي الكل يدعي عليه النصف، وهو خارج عن النصف.. فعليه إقامة البينة.

فإن أقامها.. فله جميع الدار؛ نصفها الذي كان بيد صاحبه على وجه القضاء، ونصفها الذي كان بيده لا على وجه القضاء؛ لأن صاحبه لم يدعه، ولا قضاء بدون الدعوى.. فيترك في يده.

هذا فيما إذا كان لهما بينة.

وأما إذا لم يكن لهما بينة.. فمدعي النصف يحلف لمدع الكل، ومدع الكل لا يحلف لمدع النصف؛ لأن مدعي النصف لا يدعي لنفسه شيئاً مما في يد مدعي الكل؛ أما مدعي الكل.. يدعي لنفسه جميع ما في يد مدعي النصف؛ فإن حلف مدعي النصف.. برئ عن خصومة مدعي الكل، وصار الحال بعد الحلف كما كان قبله، وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفان، فكذا بعد الحلف.

وإن نكل عن الحلف.. قضي لمدع الجميع بجميع الدار، كذا في «المحيط».

وفيه أيضاً: دار في يد رجل منها منزل، وفي يد رجل آخر منها منزل آخر، ادعى أحدهما أن جميع الدار له، وادعى الآخر أن الدار بينهما نصفان، ولا بينة لهما.. حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ فإن حلفا.. فالمنزل الذي في يد مدعي الجميع يترك في يده؛ لأنه برئ عن دعوى مدع النصف بالحلف، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الدعوى، ويقضى له بنصف المنزل الذي في يد مدعي النصف، ويقضي بالساحة بينهما؛ لأنهما في يدهما قبل الدعوى والحلف، فكذا بعد الحلف.

(**وإن برهن خارجان على نتاج دابة**) أنها نتجت عنده أو عند بائعه (**وأرخا.. قضي لمن وافق سنها تاريخه**)؛ لظهور علامة صدق شهوده بشهادة الحال، فيترجح.

قيد بقوله: «خارجان»؛ لأن حكم دعوى الخارج مع ذي اليد النتاج [٣٥٨/ب] قد سبق من قبل؛ أعني: بينة ذي اليد هو على النتاج: أولى من بينة الخارج، ما لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد؛ سواء برهنا على النتاج فقط، أو برهنا على تلقي الملك من ثالث وعلى النتاج عنده معاً.

وقيد بقوله: «على النتاج»؛ لأن حكم برهان أحد الخارجين على النتاج والآخر على الملك المطلق قد سبق أيضاً؛ أعني: أن بينة النتاج أولى.

وكذا لو أقام الخارج على النتاج وذو اليد على الملك المطلق أو بالعكس.. بينة النتاج أولى على ما سبق، من غير نظر إلى سن الدابة في هذه الصورة.

وأما لو كانت الدابة في يد رجلين، وادعى كل واحد منهما أنها دابته نتجت عنده، وأقاما البينة على دعواهما؛ فإن لم يؤرخا.. يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يده؛ لأنه اجتمع في كل نصف، بينة ذي اليد، وبينة الخارج، وقد تقدم وأن بينة ذي اليد في دعوى النتاج أولى من بينة الخارج.

وإن أرخا وتاريخها سواء.. ينظر إلى سن الدابة؛ فإن كان مشكلاً أو كان موافقاً للوقت الذي ذكرا.. يقضى بالدابة بينهما.

وإن كان مخالفاً للوقت الذي ذكرا.. تهاترت البينات عند عامة المشايخ، وتترك الدابة في أيديهما كما كان قبل هذا.

وأن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً.. تترك الدابة في أيديهما كما كانت، كذا في «المحيط» السرخسي.

ولم يذكر صورة سبق أحد التاريخين؛ لما ذكر في «الفصولين»: أن التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال؛ أرخا تاريخاً متساوياً، أو أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما دون الآخر؛ إذ الغرض من إثبات التاريخ: زيادة الاستحقاق على خصمه؛

ليترجح بينته، وإثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في النتاج؛ لأنه دعوى أولية الملك. انتهى.

فإن قيل: هذا ينافي ما ذكره المصنف في مسألة دعوى الخارجين النتاج؛ حيث قال: «وأرخا قضي له؛ وافق سنها تاريخه».. فإن الظاهر منه: اعتبار التاريخ، وإلا.. ينبغي أن يحكم بينهما كما لم يؤرخا.

وكذا ينافي ما ذكره الإمام السرخسي حيث ذكر صور تاريخهما وتأريخ أحدهما فقط مقابلاً لصورة عدم التأريخ.. فالظاهر منه: اعتبار التاريخ.

قلنا: لا منافاة؛ لأن الحكم في تلك الصور لظهور كذب بينة أحدهما بعد موافقة سن الدابة لوقت الآخر، لا لاعتبار تاريخه، فصار وكأنه لم يبرهن على النتاج [٣٥٩/أ] إلا أحدهما.

والحاصل: أن الدابة في دعوى النتاج لا يخلو:

إما أن تكون في يد أحد المدعيين، أو في يدهما، أو في يد ثالث.

فإن كانت في يد أحدهما.. فلا يخلو:

إما أن يدعيا النتاج فقط، أو يدعيا تلقي الملك من رجل آخر والنتاج عند ذلك الرجل.. ففي الصورتين: بينة ذي اليد أولى.

أو يدعي أحدهما النتاج والآخر الملك المطلق.. فحينئذٍ بينة النتاج أولى؛ سواء كان مدعي النتاج خارجاً، أو ذا يد.

وإن كانت الدابة في يدهما أو في يد ثالث؛ فإن لم يؤرخا.. فهي بينهما.

وإن أرخا.. ينظر إلى سن الدابة كما ترى.

قال في دعاوى «قاضي خان»: رجلان بيد كل واحد منهما شاة، أقام كل واحد منهما البينة على أن الشاة التي في يد صاحبه شاته، ولدت من شاته التي في يده؛ فإن كانتا مشكلتين.. ذكر في «الأصل»: أنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يد

وَإِن أَشَكَلَ.. فَلَهُمَا.

وَإِن خالفَهما.. بطلا.

وإِنْ برهَن أحدُ الخارجَينِ على غصبِ شَيْءٍ، وَالْآخرُ على وديعتِهِ.. اسْتَويَا.

الآخر؛ لأنهما استويا في دعوى النتاج، فتعارضت البينتان في ذلك.. فلا يعتبر دعوى النتاج، فيجعل كأنهما ادعياه ملكاً مطلقاً، فيقضى لكل شاة ببينة الخارج.

وعن أبي يوسف: أنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يده قضاء ترك، لا قضاء استحقاق؛ لأنه لا وجه للقضاء لكل منهما بالنتاج؛ لمكان الاستحالة، والقضاء بغير النتاج قضاء بغير دعوى، فتبطل البينتان ضرورة. انتهى.

(**وإن أشكل**) أي: سن الدابة بأن لم يعرف كم هي حتى يعلم أنها توافق تاريخها أو لم يوافق (**.. فلهما**)؛ لأنه سقط التوقيت بالإشكال وكانا كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما.. فيكون بينهما، كذا قالوا.

قلت: قد ذكر في «الفصولين» وغيره: أنه لا عبرة في دعوى النتاج التاريخ؛ فذكر التاريخ وعدم ذكره، ومعرفته وعدم معرفته: سواء؛ فالأولى في التعليل أن يقال: إنه لما أشكل سنها.. لم يظهر كذب شهود أحدهما، فيكون بينهما؛ لعدم الترجيح.

(**وإن خالفهما**)؛ أي: خالف سن الدابة تاريخ الخارجين (**.. بطلا**)؛ أي: البينتان.

قال في «المحيط» السرخسي: إن كان سن الدابة مخالفاً لتاريخ الخارجين.. لم يذكر محمد هذه المسألة في «الأصل»، قال عامة المشايخ: الصحيح : أنه يتهاتر البينتان فيترك الدابة في يد صاحب اليد كما كان.

وروي شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه» عن محمد: أن الدابة [٣٥٩/ب] في هذه الصورة بينهما نصفان كما في صورة كون السن مشكلاً، قال: وهو الأصح.

وقال أبو الليث: ولعل الأصح: أن الدابة تترك في يد ذي اليد كما كان، واختاره المصنف أيضاً.

(**وإن برهن أحد الخارجين على غصب شيء، والآخر على وديعته.. استويا**)؛

يعني: ادعى أحد الخارجين على ذي يد أنك غصبت هذا العبد مني، والآخر ادعى أنه أودعه إياه، وبرهنا.. استويا في الاستحقاق له؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق؛ فإن المودع لما أنكر الوديعة.. صار غاصباً، فصار إلى دعوى الغصب والتساوي في سبب الاستحقاق.. يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

* * *

(فصلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي)

لابِسُ الثَّوْبِ أَولى مِنَ الْآخِذ بكُمِّه.

والراكِبُ أَحَقُّ مِنَ الْآخِذِ باللِّجام.

وَمَن فِي السَّرْجِ أَحَقُّ مِنَ الرَّديفِ.

(فَصْلٌ)

في التَّنَازُعِ بِالأَيْدِي

لما ذكر وقوع الملك بالبينة.. شرع في هذا الفصل بيان وقوعه بظاهر اليد، ولما كان الأول أقوى.. قدمه على الثاني.

(**لابس الثوب أولى من الآخذ بكمه**) أو غيره من أطرافه؛ لأنه أظهرهما تصرفاً واستعمالاً حتى يصير به غاصباً.

(**والراكب**) على الدابة (**أحق من الآخذ باللجام**)؛ لأن تصرفه أظهر؛ لأن الركوب يختص بالمالك غالباً، بخلاف الآخذ باللجام.

(**ومن في السرج أحق من الرديف**)، قال في «البزازية»: ادعيا دابة وهما عليها؛ إن كانا في السرج.. فبينهما.

وإن كان أحدهما فيه والآخر رديفه.. فلمن في السرج.

قال في «شرح الطحاوي»: هذا رواية عن أبي يوسف، وفي الظاهر: هذا كالأول فيستويان. انتهى كلام البزازي.

اختار المصنف رواية أبي يوسف اتباعاً لصاحب «الهداية».

والمراد بالرديف: هو الراكب خارج السرج خلف الراكب في السرج.

واختار القدوري ظاهر الرواية؛ حيث قال: تنازعا في دابة وأحدهما راكب في السرج والآخر رديفه.. قضي بالدابة بينهما.

وفي «المحيط»: لو كان أحدهما يقود الدابة، والآخر يسوقها.. قضي بالدابة للقائد؛ لأن للقائد يداً؛ فإنه ممسك باللجام، والسائق لا يد له.

وَصَاحِبُ الْحِمِلِ أَولى مِمَّن عَلَّق كوزَهُ عَلَيْهَا.
والراكبانِ بِلَا سرجٍ أَو فِيهِ سَوَاءٌ.
وَكَذَا الْجَالِسُ على الْبِسَاطِ والمتعلِّقُ بِهِ سَوَاء.
وَمَن مَعَهُ ثوبٌ وطرفُهُ مَعَ آخَر.

وفيه أيضاً: إنه لو كان أحدهما ممسكاً بلجام الدابة والآخر متعلقاً بذنبها.. ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها.

(**وصاحب الحمل أولى ممن علق كوزه عليها**)؛ أي: على الدابة؛ لأنه هو المتصرف بتصرف يختص بالمالك غالباً، بخلاف تعليق الكوز؛ فإنه وإن كان تصرفاً للدابة أيضاً.. إلا أنه لا يختص بالمالك [٣٦٠/أ].

(**والراكبان بلا سرج أو فيه**) أي في السرج (**سواء**)؛ لاستوائهما في التصرف.

(**وكذا الجالس على البساط والمتعلق به سواء**)؛ أي: سواء في التصرف.

وكذا لو كانا جالسين عليه أو متعلقين به سواء بينهما، فيترك في أيديهما على ما كان، لا على طريق القضاء؛ لأن اليد على البساط؛ إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه، وكذا التعلق به ليس بشيء من ذلك.. فلا يكون يداً، فلا يكون بأيديهما، ولا في يد غيرهما، وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما نصفين.

بخلاف ساكني دار إذا ادعياها؛ حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره؛ لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم؛ لأن اليد فيها قد تكون بالاختطاط له، وزوال ذلك غيرمعلوم؛ لأنها بعد أن كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها.. لم يتحول إلى مكان آخر، فكان يده ثابتة عليها، ولم يعلم به القاضي.. فلا يجوز القضاء أصلاً؛ لعدم شرطه وهو علم القاضي بأن المدعي ليس في يد غير المدعيين.

(**ومن معه ثوب وطرفه مع آخر**)؛ أي: بينهما سواء نصفان؛ لأن كل واحد منهما متمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكاً، ومثل تلك الزيادة لا توجب رجحان

والحائِطُ لِمَنْ جذوعُهُ عَلَيْهِ، أَو اتَّصلَ ببنائِهِ اتِّصَالَ تربيعٍ، ....

إحدى الحجتين؛ لكونها من جنس تلك الحجة، كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، بخلاف مسألة لابس الثوب والآخر متعلق بكمه؛ لأن الزيادة فيها ليس من جنس الحجة؛ فإن الحجة هنا هي اليد والزيادة هي التصرف والاستعمال.. فيصلح مرجحاً للحجة.

(**والحائط**) المتنازع فيه (**لمن جذوعه**) جمع جذع بكسر الجيم والمراد به: سهم السقف (**عليه**) أي على الحائط المتنازع فيه (**أو**) لمن (**اتصل**) ذلك الحائط (**ببنائه اتصال تربيع**) وذلك بأن يكون أنصاف لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في أنصاف لبنات الحائط الغير المتنازع فيه إن كان الحائط من حجر أو مدر.

أو يكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى إن كان من الخشب على ما في «الكافي».

أو بأن يكون أنصاف اللبن من جانبي الحائط المتنازع فيه متداخلة بحائطين لأحدهما، والحائطان متعللان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً له أضلاع أربعة، فيكون الكل في حكم بناء واحد، وبه أخذ [٣٦٠/ب] بعض المشايخ، وهو مختار الكرخي.

وعن أبي يوسف: تغيير اتصال التربيع الذي يترجح به صاحب الاتصال على صاحب الجذوع: اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بمداخلة أنصاف اللبن بحائطين لأحدهما.

وأما اتصال الحائطين بحائط آخر في مقابلة الحائط المتنازع فيه.. فغير معتبر، وعليه أكثر المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي.

والمراد بجانبي الحائط: متنها من الطرفين.

وأما إذا نقب في حائط فأدخل فيه.. لا يكون اتصال تربيع، بل يقال له اتصال ملازقة ومجاورة:

لَا لِمَنْ لَهُ عَلَيْهِ هراديٌّ، بل الجارانِ فِيهِ سَوَاءٌ.
وَإِن كَانَ لكلٍّ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ جُذُوعٍ.. فبينُهما.
وَلَا تَرْجِيحَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا.

فإن كان لهما اتصال تربيع أو مجاورة .. يحكم بالحائط بينهما.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة.. يقضى لصاحب التربيع.

وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع.. فصاحب الاتصال أولى، والجذوع أولى من الملازقة. كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**لا لمن له عليه هرادي**)؛ لأن صاحب الجذوع والاتصال هو المستعمل للحائط، وصاحب الهرادي هو المتعلق به، والمستعمل أولى من المتعلق - كما في دابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق على ما تقدم - والهرادي، وكذا البواري ليس بشيء؛ لأن الحائط لا يبنى لهما أصلاً، وإنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري، وهما إنما يوضعان للاستظلال.

هرادي جمع هردية، وهي قصبات تضم ملويّة بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم على ما في «المغرب».

(**بل الجاران فيه**)؛ أي: الهرادي والبواري (**سواء**)، حتى لو تنازعا في حائط عرف كونه في أيديهما ولأحدهما عليه هرادي، وليس للآخر عليه شيء.. قضي به بينهما قضاء ترك، ولا يؤمر لصاحب الهرادي رفع الهرادي، إلا أن يدعي الآخر استحقاق للحائط ويثبته بالبينة.. فحينئذٍ يؤمر برفعه.

(**وإن كان لكل**) من الجارين (**عليه ثلاثة جذوع.. فبينهما**)؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

(**ولا ترجيح بالأكثر**)؛ أي: من الثلاثة (**منها**)؛ أي: من الجذوع؛ لأن الزيادة عليها من جنس الحجة؛ فإن الحائط يبني للجذوع الثلاثة كما يبنى للأكثر منها، ولا

ترجيح بكثرة الحجج عندنا، كذا في «الهداية» وحواشيه.

وذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان لأحدهما على الحائط المتنازع فيه أجذاع، وللآخر عليه أكثر.. جعلته بينهما نصفين؛ لعدم الترجيح بالأكثر؛ فإن كان لأحدهما عليه ثلاثة وللآخر [٣٦١/أ] عشرون.. فالحائط لصاحب العشرين ولصاحب الثلاثة موضع جذوعه، وإنما أجعله بينهما نصفين إذا تقاربت أو كان لصاحب الأقل أكثر من نصف جذوع الآخر.

وذكر الحاكم الشهيد في «المختصر»: إذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات، وللآخر سبع خشبات.. فهو بينهما نصفان.

وهذا يوافق ما في «المنتقى» عن أبي يوسف؛ لأن عدد أصحاب القليل أكثر من نصف عدد صاحب الكثير.

وذكر في صلح «الأصل»: لو كان لأحدهما عليه عشرة أجذاع، وللآخر خمسة أجذاع.. فلكل واحد منهما ما في يده.

قالوا: أراد بذلك: أن الحائط المتنازع فيه يكون بينهما على ثلاثة أسهم؛ ثلثاه لصاحب العشرة، وثلثه لصاحب الخمسة، وبه أخذ بعض مشايخنا، وهذا أيضاً يوافق ما ذكر في «المنتقى»؛ لأن أجذاع صاحب القليل ليست بأكثر من نصف جذوع الآخر.

والحاصل: أن الرواية مختلفة فيما إذا كان لكل واحد منهما عليه جذوع، وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر، ولكن جذوع صاحب القليل لا تنقص من الثلاثة:

فما اختاره صاحب «الهداية» وتبعه المصنف: قول أبي يوسف آخراً، وهو استحسان.

وَإِن، كَانَ لأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةٌ، وَلِلْآخرِ أقلُّ.. فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ، وَلِلْآخرِ مَوضِعُ خَشَبِهِ.

وما ذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف قوله أولاً، وبه كان يقول أبو حنيفة أولاً، ثم رجع عنه إلى الاستحسان.

(**وإن كان لأحدهما ثلاثة**) جذوع (**وللآخر أقل**)؛ أي: واحد أو اثنان (.. **فهو لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع خشبه**)؛ أي: له حق الوضع على ما في رواية كتاب الإقرار لمحمد؛ فإنه قال فيه: الحائط كله لصاحب الأجذاع، ولصاحب القليل موضع جذعه.

وقالوا: يريد به حق الوضع على أن يكون لفظ «موضع» مصدراً ميمياً.

وذكر في رواية كتاب الدعوى والصلح: لكل واحد منهما ما تحت خشبه؛ حيث قال فيه: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصل الحائط، وعلى هذه الرواية قال بعضهم: ما بين الخشب يكون بينهما؛ لاستوائهما في ذلك، كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات.

وقال بعضهم: على قدر خشبهما، وقال: إنه لصاحب الأكثر؛ لأن الحائط للأكثر لا لجذوع واحد أو اثنين.

ثم هذا استحسان.

والقياس: أن يكون الحائط بين صاحب الأقل؛ أي: الجذع والجذعين [٣٦١/ب] وبين صاحب الأكثر؛ أي: الثلاثة فصاعداً: نصفين؛ لأنهما استويا في أصل الاستعمال، والزيادة من جنس الحجة، والترجيح لا يقع بها، على ما تقدم.

ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين من الكتابين: أن يكون لصاحب الأكثر، ولصاحب الأقل موضع خشبه.

ثم وجه رواية كتاب الإقرار: أن الحائط وضع للأكثر لا للواحد، ولا للاثنين،

وَلَو لأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ، وَللْآخرِ اتِّصَال .. فلذي الِاتِّصَالِ، وَللْآخرِ حقُّ الْوَضعِ.

وَقيل: لذِي الْجُذُوعِ.

فكان الظاهر: شاهداً لصاحب الكثير، إلا أن لصاحب القليل حق الوضع؛ لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده.. فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة.

ووجه رواية كتاب الدعوى والصلح: أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته، والاستحقاق بحسب الاستعمال.

واعلم: أن ما ذكره المصنف: - من جعل الجذعين مثل جذع واحد، وهو قول بعض المشايخ واختاره صاحب «الهداية» - باعتبار أن التنصيف بينهما نادر؛ كجذع واحد.

وقال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاثة؛ لإمكان التنصيف بنيهما.

(ولو) كان **(لأحدهما جذوع وللآخر اتصال)**؛ أي: اتصال تربيع لا ملازقة؛ لأنه لو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال ملازقة.. فالجذوع أولى، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية»، وقد ذكرناه من قبل.

(.. فلذي الاتصال) التربيعي عند عامة المشايخ، على ما روي عن أبي يوسف في «الأمالي»؛ لأن الحائطين بالاتصال التربيعي من الطرفين.. صارا كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه: القضاء بكله؛ لعدم القائل بالاشتراك، فصار الظاهر شاهداً له.

(و) لكن **(للآخر حق الوضع)**؛ لما ذكرناه: أن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده.

(وقيل:) الحائط **(لذي الجذوع)**؛ لأنه صاحب التصرف، وصاحب الاتصال صاحب اليد، والتصرف أقوى من اليد.

وإنما قيدناه بطرفي الحائط المتنازع فيه؛ لأنه لو كان لأحدهما: جذوع وللآخر:

اتصال تربيع بأحد طرفي الحائط المتنازع فيه.. فالمختار عند عامة المشايخ: أن صاحب الجذوع أولى؛ لكونه صاحب تصرف يرجح على صاحب اليد، وهو صاحب اتصال تربيع، وممن رجحه: الإمام السرخسي.

وقيل: إن صاحب الاتصال فيه أيضاً أولى؛ لكون الحائطين بالاتصال كبناء واحد.. فيُقضَى له بالكل، لكن للآخر حق الوضع بعين ما ذكرناه، وهذا رواية الطحاوي، ورجحه الجرجاني على ما في [٣٦٢/أ] «العناية».

هذا جملة ما ذكره المصنف في الحائط المتنازع فيه، ولم يستوف جميع احتمالاته.

وتوضيحه: على ما في «المحيط»: أن الحائط المتنازع فيه لا يخلو؛ إما أن لا يكون متصلاً ببناء لهما، أو يكون متصلاً ببناء لأحدهما اتصال تربيع، أو اتصال ملازقة.

وعلى التقديرين: لا يخلو؛ إما أن لا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهرادي، أو كان لهما عليه جذوع أو هرادي، أو لأحدهما جذوع وللآخر هرادي، أو لم يكن شيء:

فإن لم يكن الحائط متصلاً ببناء لهما ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره.. فإنه يقضى للحائط بينهما؛ لاستوائهما في الدعوى، وليس ثمة من ينازعهما فيه، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيقضى بينهما.

ومعنى القضاء لهما: أنه إذا عرف كونه في أيديهما.. يقضى بينهما قضاء ترك على ما كان، وإن لم يعرف كونه في أيديهما، وادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يده.. يجعل في أيديهما، إلا أنه يقضى بينهما .

وكذلك: إن كان لأحدهما عليه هرادي أو بواري، ولا شيء للآخر عليه.. يقضى بينهما؛ لأن بوضع الهرادي: لا يثبت على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط

إنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه، لا الهرادي أو البواري.

نظيره: ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب مبسوط، ولا شيء للآخر.. فهناك يقضى بالحائط بينهما، فكذا ههنا.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر.. يقضى لصاحب الجذوع؛ لأنه المستعمِل.

وكذلك إن كان للآخر عليه هرادي؛ لأن الهرادي ليس باستعمال للحائط.

على ما بيناه.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر عليه حائط سترة.. فالحائط الأسفل: لصاحب الجذوع؛ لكونه مستعملاً بوضع حمل مقصود عليه، ولصاحب السترة: السترة على حالها؛ بمنزلة سفل لأحدهما وعليه علو لآخر.

وإن كان لأحدهما عليه سترة، ولآخر عليه هرادي.. فالحائط لصاحب السترة.

وإن كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر، أو لآخر عليه هرادي.. لم يذكر محمد هذا في ظاهر الرواية.

وقال بعض مشايخنا: لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد.

وروى ابن سماعة: عن محمد أنه قال: يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ لأن له نوع استعمال مع اليد.

هذا كله: إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلاً ببناء [٣٦٢/ب] لهما.

وأما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً ببناء لهما:

إن كان اتصالهما جميعاً اتصال ملازقة.. يقضى بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الدعوى والاتصال.

وإن كان اتصال أحدهما تربيعاً والآخر اتصال ملازقة.. فصاحب التربيع أولى.

وَذُو بَيتٍ من دَارٍ كذي بيُوتٍ مِنْهَا فِي حقِّ ساحتِها.

وَلَو ادّعَيَا أَرضاً كلٌّ أَنَّهَا فِي يَدِهِ وبرهنا.. قُضِيَ بيدِهِما.

(**وذو بيت من دار: كذي بيوت منها في حق ساحتها**)؛ لاستوائهما في الاستعمال، وهو: المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحوها.

ولا معتبر بكون أحدهما خرَّاجاً ولَّاجاً دون الآخر؛ لأنه من قبيل الترجيح بكثرة الأدلة، ولا معتبر به.

(**ولو ادعيا أرضاً: كلٌّ أنَّها في يده وبرهنا.. قُضيَ بيدهما**) نصفين؛ لقيام الحجة في حق كل منهما؛ فإن طلبا القسمة بعد ذلك.. لم يقسم بينهما بمجرد يدهما ما لم يقيما البينة على الملك بالاتفاق عند بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا قول أبي حنيفة.

وقالا: يقسم بينهما؛ بناء على مسألة أخرى، وهي: ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي: أنها ميراث في أيديهم من أبيهم، والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم.. فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثاً لهم، عند أبي حنيفة.

وقالا: يقسمها بينهم بإقرارهم، ويُشْهِدُ أنه إنما قسمها بإقرارهم وإن لم تقم لهم حجة.

[فإن] طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده: حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات؛ فإن حلفا.. لم يقض لهما باليد، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال.

وإن نكلا.. قُضِيَ لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه.

وإن نكل أحدهما.. قضي عليه بكلها للحالف؛ لنكوله.

وإن كانت الدار في يد ثالث.. لم تنزع من يده، بل تترك فيه.

هذا إذا ادعيا اليد في الدار.

فإنْ برهنَ أَحدُهمَا أَو كَانَ لَبِنٌ فِيهَا، أَو بنى، أَو حفرَ.. قُضِيَ بِيَدِهِ.
فِي يَدِهِ صبيٌّ يعبّرُ عَن نَفسِهِ قَالَ: أَنا حرٌّ.. فَالْقَوْلُ لَهُ.
وَإِن قَالَ: أَنا عبدٌ لفُلَانٍ.. فَهُوَ عبدٌ لذِي الْيَدِ.

وأما إذا ادعيا الملك فيها؛ وقال كل منهما: إنها ملكي، ولم يكن لهما بينة، وطلب كل منهما يمين صاحبه: «ما هي ملكه» يحلف كل منهما؛ فإن نكلا.. قضي لكل واحد منهما بالملك نصفين على كلٍّ بمدَّعى صاحبه.

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر.. قضى بالكل للذي حلف: النصف باليد، والنصف بنكوله.

وإن برهن أحدهما.. قضي بالكل له: النصف باليد، والنصف بالبينة، كذا في «العناية» و«الخلاصة» و«البزازية».

(**فإن برهن أحدهما**): أن الأرض في يده (**أو كان لبن**) - من التلبين - (**فيها، أو بنى أو حفر.. قضي بيده**).

في كل من هذه الصور: لقيام الحجة في [٣٦٣/أ] حقه بالبرهان ووجود التصرف والاستعمال منه؛ بالتلبين والبناء والحفر، ومن ضرورات ذلك: ثبوت اليد.

(**في يده صبيّ يعبر عن نفسه، قال:**)؛ أي: الصبي (**أنا حرٌّ**) وذو اليد يدعى رقّه (**.. فالقول له**)؛ أي: للصبي؛ لأنه أنكر ثبوت اليد عليه، وتأيد بالظاهر، فيكون في يد نفسه، فلا تقبل دعوى أحد على نفسه.

(**وإن قال**) ذلك الصبي: (**أنا عبد لفلان**) غير ذي اليد (**.. فهو عبد لذي اليد**) لا لفلان؛ لأنه أقر بأنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق، فظهر: أنه رق بدعوى صاحب اليد؛ لانتفاء المانع حينئذ عن عملها وهو دعوى الصبي الحرية، وهذا يشبه تخصيص العلة، والمخلص معروف.

فإن قيل: إن الإقرار بالرق من المضار، وأقوال الصبي في المضار غير معتبر؛ كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين، فكيف يصح إقراره بالرق ههنا؟

وَكَذَا من لَا يعبِّرُ عَن نَفسِهِ.

قلنا: إن رقيته ههنا لم تثبت بإقراره، بل بدعوى صاحب اليد، ولكن عند معارضته إياه بدعوى حريته بقوله: «أنا حر» لا تتقرر يده عليه، ولا يظهر أثر العلة، وعند عدم المعارضة بترك الدعوى.. تتقرر ويظهر أثر العلة، فيكون القول: قول ذي اليد.

(وكذا)؛ أي: لذي اليد **(من لا يعبّر عن نفسه)**؛ لأنه بعدم التعبير عن نفسه.. صار كمتاع لا يد له على نفسه أصلاً، فيكون لصاحب اليد.

فإن قيل: إنِ الملتقِط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه.. فإنه لا يكون عبده، وإن الرق من العوارض؛ إذ الأصل الحرية، وهو يدفع العارض، فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد إلا بحجة.

قلنا عن الأول: إن فرض الالتقاط بضعف اليد؛ لأن الملتقط أمين في اللقيط، ويد الأمين في الحكم يد غيره، فكانت ثابتة من وجه دون وجه.. فلا يثبت لها الرق.

وعن الثاني: أن الأصل يترك بدليل يدل على خلافه، واليد على من شأنه ذلك - لكونه بمنزلة المتاع - دليل الملك، فيترك به الأصل.

هذا فيما كان الصبي في يد رجل.

ولو كان في يد رجلين.. فكذلك الحكم.

فإنه قال في «المحيط» نقلاً عن «الأصل»: إذا اختصم رجلان في عبد، وكل واحد منهما يقول: هو عبدي، وهو في يديهما:

فإن كان العبد صغيراً لا يعبر عن نفسه.. فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك ما لم يقم البينة، ولكن يجعله في أيديهما [٣٦٣/ب]؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه والبهيمة سواء، والحكم في تنازع الرجلين في البهيمة كذلك، فكذا في هذا الصبي.

فَلَو ادّعى الْحُرِّيَّةَ عِنْدَ كِبَرِهِ.. لَا يُقبلُ بِلَا حجَّةٍ.

وإن كان الغلام كبيراً أو صغيراً يعبر عن نفسه، فقال: أنا حر.. فالقول قوله، ولا يقضي القاضي لهما بشيء لا بالملك، ولا باليد ما لم يقيما البينة على ذلك.

ولو قال الصغير: أنا عبد أحدهما.. لم يصدق، وهو عبدهما؛ لأنه لما أقر بالرق.. فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكماً، فلا يقدر على إبطال يد أحدهما.

بخلاف ما لو قال: أنا حر الأصل؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه، فاليد لا تثبت للحر على الحر بدون البينة. انتهى.

(فلو ادعى) الصبي بعد أن قال في صغره: «أنا عبد فلان» **(الحرية عنده كبره.. لا يقبل بلا حجة)**؛ لظهور الرق عليه في صغره، فلا يزول بعده بلا بينة؛ لأنه يريد إبطال ما ثبت بالقضاء، فلا يقدر عليه بدون الحجة.

فظهر منه: أن إقرار الصبي: حكم، وهو عدم قبول قوله بعد البلوغ في دعوى الحرية بلا بينة.

ونظير هذا: ما ذكره في الحادي عشرمن دعوى «البزازية»: لو قال العبد أنا حر الأصل.. فالقول له بحكم الأصل ما لم يسبق منه انقياد للرق.

وبعده: لا يقبل قوله بلا برهان. انتهى.

وهل يرجع المشتري على البائع بالثمن بعد الحكم بحريته بحكم الأصل؟

ففي الفصل السابع والعشرين من دعوى «المحيط»: عبد ادعى أنه حر الأصل في موضع لم يسبق منه الإقرار بالرق، وقضى القاضي بحريته لكون القول في ذلك قوله.. لا يرجع المشتري بالثمن على البائع، والفقه للمشتري في ذلك؛ حتى يرجع بالثمن على البائع: أن يدعي المشتري على العبد الرق ويقول: أقر لي بالرق، ويقيم البينة عليه، ثم يقيم العبدُ البينةَ عليه أنه حر الأصل.. فيرجع المشتري حينئذ بالثمن على البائع. انتهى.

ثم ذكر في هذا الفصل أيضاً: الجارية إذا تداولتها الأيدي فادعت أنها حرة

الأصل، أو ادعت عتقاً عارضياً بتاريخ قبل تاريخ البياعات، ورجع المشتري الآخر على بائعه ، وكذلك بائعه رجع على بائعه، وأبى البائع الأول الرجوع عليه:

ففيما إذا ادعت حرية الأصل؛ إن لم يسبق منها إقرار بالرق لا نصاً ولا دلالة من انقيادها لبيع وما أشبه ذلك.. ليس له أن يأبى؛ لأن حرية الأصل تثبت بمجرد قولها في حق الناس كافة إذا لم يسبق [٣٦٤/أ] منها إقرار بالرق.

وإن سبق منها إقرار بالرق.. كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه؛ لأن حرية الأصل لا تثبت بمجرد قولها في موضع سبق منها الإقرار بالرق.

وفيما إذا ادعت عتقاً عارضياً.. كان للبائع الأول أن يأبى الرجوع عليه على كل حال؛ لأن العتق العارضي لا يثبت بمجرد قولها. انتهى.

فقد فرق بين مسألة العبد ومسألة الأمة في دعوى حرية الأصل في حق رجوع المشتري بالثمن على بائعه؛ فقال: لا يرجع عليه في مسألة دعوى العبد حرية الأصل ما لم يثبت إقراره بالرق، ويرجع عليه في مسألة دعوى الأمة بدون إثبات إقرارها بالرق، ولكن لم يبين وجه الفرق.

وقال في الحادي عشر من دعوى «البزازية»: اشترى عبداً وادعى أنه حر، وألزمه الحاكم إقراره، فبرهن على الحرية، والعبد ينكرها.. تقبل ويرجع بالثمن. انتهى.

فلم يشترط في حق الرجوع بالثمن على البائع في دعوى الحرية: إثبات إقرار العبد بالرق؛ كما ذكره في «المحيط» في مسألة الجارية.

وذكر فيه أيضاً: برهن العبد على من في يده: بالحرية، وذو اليد: على أنه وديعة فلان، أو إجارة فلان، أو إعارة فلان عندي.. تندفع دعوى العبد، لكن يحال بينه وبين المودع؛ كما لو برهن العبد على الوكيل بنقله بينة على الحرية.. تقبل بينته في قصر يد الوكيل لا في حق إثبات الحرية.

كذا هنا.

ولو برهن العبد على مولاه بالحرية، وبرهن المولى عليه بالرق.. فبيّنة العبد أولى؛ لأن الرق لا يرد على الحر، والحرية ترد على الرق.

لو قال العبد: أعتقني فلان، وذو اليد: إنه مودع فلان هذا عنده.. لا يحال بينه وبين المودع؛ لأنه أقر بالرق له.

وكذا إن لم يبرهن المودع على الوديعة منه.. لا يحال.

وفي «الجامع الصغير»: قال العبد: اشترني فإني عبد، ثم ادعى الحرية الأصلية أو العارضية.. تسمع دعواه.

ثم إن البائع؛ إن كان حاضراً أو معلوماً مكانه.. يرجع بالثمن عليه، وإن كان غائباً غيبة منقطعة.. رجع على العبد، والعبد على البائع متى وجده.

وقال أبو يوسف: لا يرجع على العبد؛ كما لو قال: اشترني، أو قال: فإني عبد فقط، وكما لو قال: ارتهني؛ فإني عبد.

* * *

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ)

(بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ)

لما فرغ عن بيان دعوى الأموال.. شرع في بيان دعوى النسب؛ لأن الأول [٣٦٤/ب] أكثر وقوعاً.. فكان أهم ذكراً.

ينبغي أن يبين أولاً: مراتب النسب.

قالوا: لثبوت النسب ثلاث مراتب:

أحدها: بالنكاح الصحيح، وما هو في معناه من النكاح الفاسد.

والحكم فيه: أن يثبت من غير دعوى، وله أن ينفيه ما لم يقر بنسبه صريحاً، أو يظهر منه ما يكون اعترافاً من قبول تهنئة، أو شراء متاع الولادة، أو تطاول المدة مع العلم بالولادة، أو يقع الاستغناء عن نفيه، أو يقع فيه حكم لا يقبل النقض والإبطال؛ فمتى وجد واحد من هذه الأسباب.. لا يملك النفي بعد ذلك.

أما إذا أقر بنسب الولد صريحاً.. فلأن الإقرار بنسب الولد: إقرار له بحقوق مالية بحق النفقة والميراث اقتضاءً.

ولو أقرَّ له بهذه الحقوق صريحاً.. لا يعمل الرجوع بعد ذلك، فكذا إذا أقر له بذلك اقتضاءً.

وأما إذا قبل التهنئة، أو اشترى متاع الولادة.. فلأنها إقرار بالولادة عادةً.

وأما إذا وقع الاستغناء عن نفيه.. فلأن بعدما وقع الاستغناء عن نفيه: لا يكون للنفي فائدة، فلا ينفى.

وأما إذا تطاولت المدة ولم ينف فيها.. فهو أيضاً إقرار بالولادة عادةً.

واختلف في معرفة تطاول المدة:

قيل: المرجع فيه العرف والعادة.

....

وقيل: الرأي فيه إلى القاضي.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنهما قدرا مدة التطاول أربعين يوماً؛ فبعد الأربعين.. لا يصح النفي.

وأما إذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض؛ فكما إذا جنى هذا الولد جناية وقضى القاضي على عاقلة الأب بالأرش.. فإنه لا يستطيع نفي هذا الولد بعده؛ لأنه وقع فيه حكم لا يقبل النقض والبطلان.

وقد تقدم تفصيل هذه المرتبة في «باب ثبوت النسب» من «كتاب الطلاق».

والمرتبة الثانية: أم الولد.

والحكم فيها: أن يثبت نسب ولدها بدون الدعوة إذا كانت بحال يحل للمولى وطؤها.

أما إذا كانت بحال لا يحل للمولى وطؤها.. فلا يثبت نسب ولدها بدون الدعوة؛ كأم ولد كاتبها المولى، ثم جاءت بولد.. لا يثبت النسب بدون الدعوة، وللمولى أن ينفيه إذا لم يوجد شيء من الأشياء المذكورة في المرتبة الأولى من قبل التهنئة وغيرها.

المرتبة الثالثة: الأمة.

والحكم فيها: أن لا يثبت نسب ولدها بدون دعوة المولى.

ويستوي في ذلك: أن يدعي المولى نسب ولدها بعد الولادة أو قبلها في بطنها؛ بأن قال: هذا الحمل الذي في بطن أمتي مني. كذا في «المحيط».

وقد تقدم [٣٦٥/أ] بيان هاتين المرتبتين في «باب ثبوت النسب والاستيلاد».

ثم اعلم: أن الدعوة في النسب على ثلاثة أوجه:

١- دعوة استيلاد.

٢- ودعوة تحرير.

٣- ودعوة الأب ولد جارية ابنه.

أما دعوة الأب ولد جارية ابنه: فظاهر.

وشرط صحتها: أن يكون للأب تأويل ملك في جارية بمحل النقل من ملك إلى ملك، على ما صرح به في «المحيط».

فلو ولدت أمة ابن الرجل ولداً، وادعاه الرجل.. صحت دعوته، صدقه الابن أو كذبه؛ لأن للأب تأويل الملك في مال ابنه؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فإذا كان له تأويل الملك في مال ابنه.. اتصل العلوق بتأويل ملكه، ولو اتصل العلوق بحقيقة ملكه.. كان مصدقاً في الدعوة، فكذا إذا اتصل العلوق بتأويل ملكه؛ لأن النسب مما يحتاط فيه؛ فإذا صحت دعوته.. صارت الجارية أم ولد له، ويضمن قيمته للابن.

وأما دعوة التحرير:

فشرطها: أن لا يكون العلوق في ملك المدعي، ويكون الملك قائماً في المحل للمدعي وقت الدعوة.

وأما دعوة الاستيلاد:

فهو أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدعي.

وشرط صحتها: قيام الملك في المحل وقت العلوق.

وأما قيام الملك في المحل وقت الدعوة.. فليس بشرط لصحة الدعوة عند علمائنا الثلاث؛ حتى أن من باع جارية، وولدت في يد المشتري لأقل في ستة أشهر من وقت البيع، فادعى البائع الولد.. صحت دعوته، على ما سيأتي في الكتاب.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا أيضاً: أن دعوة النسب على نوعين:

نوع لا حاجة فيه إلى دعوى المال؛ كدعوى البنوة والأبوة.. فإنها تسمع بلا

ولدتْ مبيعةٌ لأَقلَّ من نصفِ سنةٍ مُنْذُ بِيعَتْ، ....

حاجة إلى دعوى المال من إرث أو نفقة، والتناقض لا يضر في هذا النوع؛ حتى لو قال: ليس بابني، ثم ادعى أنه ابنه.. تسمع.

وكذا لو قال: ليس بأبي، ثم قال: إنه أبوه.. تسمع.

ونوع لا يسمع بدون دعوى إرث أو نفقة ونحوهما من الحقوق المالية؛ كدعوى الأخوة والجدية والعمومة والخالية وابن الابن وابن البنت.

فإن دعوى الأخوة المجردة بدون دعوى المال: لا تسمع، وكذا دعوى العمومة وغيرها.

والتناقض فيها ليس بعفو، بل يمنع صحة الدعوى، لو قال: ليس بأخي، أو ليس بعمي، أو ليس بخالي، ثم ادعى أنه أخوه أو عمه أو خاله.. أنه لا يسمع؛ لأنها في قوة دعوى المال.

والنوع الأول [٣٦٥/ب]: لا يثبت بالإقرار شرط تصديق المقر له إياه، وتقبل البينة عليه عند إنكار المقر له.

بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا يثبت بالإقرار، ولا تقبل البينة عليه بدون دعوى المال. على ما سيأتي بيانه في إقرار المريض.

ولا بد في دعوى النسب: من ذكر الخصم وهو خمسة: ١- الورثة، ٢- والوصي، ٣- والمُوصَى له، ٤- والغريم للميت، ٥- أو على الميت.

(**ولدت**) جارية؛ أي: عند المشتري (**مبيعة لأقل من نصف سنة منذ بيعت**) بعد أن كانت عند البائع مكثت سنتين، ثم بيعت.

إنما قيد بالأقل من نصف سنة؛ لأن حكم ولادتها لأكثر من نصف سنة وحكم ولادتها لأكثر من سنتين: سيأتي مصرحاً.

ولا بد من قيد آخر ههنا؛ أعني: كون الجارية عند البائع تمام سنتين، لما قال في «البزازية»: باع الحامل، فولدت عند المشتري لأقل من نصف عام، وكانت عند

فَادَّعَاهُ البَائِعُ.. فَهُوَ ابْنه، وَهِي أُمُّ وَلَده، ....

البائع تمام عامين.. صحت دعوة البائع وبطل البيع، وبعد إعتاق المشتري الولد.. لا تصح الدعوة.

وتصح بعد إعتاق الأم؛ لأن الولد هو الأصل، وكان ابنَهُ، ويرد حصة الولد من الثمن إلى المشتري.

وإنما فرضنا ولادتها عند المشتري - لأقل من نصف عام وبكونها عند البائع أكثر من عامين - ليحصل القطع بكون العلوق عند البائع. انتهى.

(فادعاه البائع) أن الولد المولود منه **(.. فهو)**؛ أي: الولد **(ابنه، وهي)**؛ أي: الأمة **(أم ولده)** لصحة دعواه؛ سواء صدقه المشتري أو كذبه.

وهذا استحسان أخذه علماؤنا الثلاث.

والقياس: أن لا تصح دعوة البائع فيما إذا كذبه المشتري.

وبه أخذ زفر؛ لأن البائع في دعوته متناقض ساع في نقض ما تم من جهته - وهو البيع - فلا يقبل قوله؛ كما لو قال: كنت أعتقتها أو دبرتها قبل البيع؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه أنها ليست بأم ولد له، فيصير بدعوى أميّة الولد له متناقضاً.

وجه الاستحسان: أنا تيقنا بحصول العلوق قبل البيع في ملك البائع.

وقلنا: اتصال العلوق بملك الإنسان: شهادة ظاهرة بأن العلوق من ذلك الإنسان لا من غيره؛ لأن الظاهر عدم الزنا، فنزل ذلك الاتصال منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها، فتصير أم ولد له، والولد لولده.

ألا ترى: أن جارية المريض إذا جاءت بولد في ملكه وادعى نسبه منه.. يصير الولد: ولده، والجارية: أم ولد له؛ تنزيلاً [٣٦٦/أ] لاتصال العلوق بملكه منزلة البينة في إبطال حق الغرماء والورثة عنها وعن ولدها.

وقوله: إنه متناقض في دعواه.

قلنا: نعم، إلا أن التناقض في أمثاله معفو؛ لأنه محل الخفاء؛ لأن الإنسان قد لا

وَيفْسخُ البيعُ، وَيردُّ الثّمنُ. وإِنْ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مَعَ دَعوتِهِ ....

يعلم بالعلوق أصلاً، وقد لا يعلم أن العلوق منه، ثم يعلم بعد ذلك، ومثل هذا الخفاء: لا يمكن تصويره في العتق والتدبير.. فلا يكون التناقض فيه معفواً.

هذا الذي ذكرناه في دعوة البائع وحده.

وإن ادعاه المشتري وحده.. صحت دعوته أيضاً، ويثبت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، فيحمل أمره على نكاح صحيح أو فاسد قبل الشراء لا على الزنا؛ حملاً له على الصلاح، واحتياطاً في نسب الولد؛ لأن النسب مما يحتاط فيه.

ولو ادعى المشتري دعوة تحرير.. صحت دعوته؛ هذا أيضاً لكونها في ملكه، فيثبت له الولاء على الولد.

وإذا صحت دعوة المشتري وثبت النسب منه.. لا تصح دعوة البائع بعد ذلك؛ لأنه ثبت منه حقيقة النسب بهذه الدعوة، والحقيقة أقوى من حق استحقاق البائع.

هذا في دعوة المشتري وحده.

وإن ادعياه جميعاً؛ فإن سبق أحدهما صاحبه في الدعوة.. فدعوته أولى، وإن خرج الكلامان معاً.. فدعوة البائع أولى عندنا؛ لأنه سابق معنى؛ لأن دعوته: دعوة الاستيلاد، وأنه مستند إلى وقت العلوق.

ودعوة المشتري حينئذ: دعوة تحرير، وأنها مقتصرة على الحال، والسابق أولى. كذا في «المحيط».

(ويفسخ البيع)؛ لأنه لما كانت دعوته صحيحة.. استندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، وبيع أم الولد: فاسد، فينفسخ البيع. هذا استحسان.

وفي القياس: البيع نافذ، ودعوته باطلة للتناقض. وقد تقدم الجواب عنه.

(ويرد الثمن) إن كان منقوداً؛ لأنه قبضه بغير حق.

(وإن) وصلية (ادعاه)؛ أي: النسب (المشتري مع دعوته)؛ أي: دعوة البائع؛ لأن دعوة البائع أسبق على دعوة المشتري؛ لاستناده إلى وقت العلوق؛ لكونها دعوة

أَو بعْدَهَا.

وَكَذَا لَو ادَّعَاهُ بعدَ موتِ الْأُمِّ أَو عتِقِهَا.

وَيردُّ حِصَّتَهُ مِنَ الثّمنِ فِي الْعتْقِ، ....

استيلاد، ودعوة المشتري: دعوة تحرير؛ لعدم كون أصل العلوق في ملكه، فيقتصر على الحال، والسابق أولى. وقد ذكرناه من قبل.

بخلاف ما [إذا] كان المشتري ادعاه وحده دعوة استيلاد.. فإنها تصح، ويحمل أمره على النكاح صحيحاً أو فاسداً قبل الشراء؛ حملاً له على الصلاح، وتصير الجارية [٣٦٦/ب] أم ولد له، والولد ابنه وقد ذكرناه من قبل أيضاً.

(**أو بعدها**)؛ أي: بعد دعوة البائع؛ لاستغناء الولد حينئذ عن النسب؛ لثبوته بدعوة البائع قبلها، فلا حاجة إلى دعوة المشتري.

وأما لو ادعاه المشتري وحده بدون دعوة البائع.. فقد صحت دعوته دعوة استيلاد أو دعوة تحرير.

على ما عرفت.

(**وكذا**): يثبت نسب الولد (**لو ادعاه**)؛ أي: البائع (**بعد موت الأم**) وقد ولدته لأقل من ستة أشهر؛ لأن الولد هو الأصل في النسب لإضافة الأم إليه - يقال أم الولد - وتستفيد هي الحرية من جهته؛ لقوله ﷺ: «أعتقها ولدها» فلا يضره فوات التبع، فيكون الولد للبائع.

(**أو بعد عتقها**)؛ أي: الأم؛ يعني: ادعى البائع الولد بعد إعتاق المشتري أمه.. فدعواه صحيحة، والولد للبائع.

(**ويرد**) إلى المشتري (**حصته**)؛ أي: حصة الولد (**من الثمن في العتق**)؛ بأن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم، فما أصاب الأم.. يلزم المشتري، وما أصاب الولد.. سقط عنه إن لم يقبضه، ويرد إليه إن قبض.

وكلَّ الثّمنِ فِي الْمَوْت.

وَقَالا: حِصَّتَهُ فيهمَا.

(و) يرد (كل الثمن في الموت) عند أبي حنيفة، وكذا في العتق عنده على الصحيح. على ما في «الهداية».

واختاره شمس الأئمة في «الجامع الصغير» بناء على أن أم الولد لا قيمة لها، فيرد كله.

وقالوا: إنه مخالف لرواية «الأصول»، وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في حق الجارية؟

فلهذا لم يبطل إعتاق المشتري بعد القبض.

ولهذا: ذكر شمس الأئمة في «المبسوط» وقاضي خان: أن يرد حصة الولد من الثمن، عنده أيضاً، واختاره المصنف.

وفرقوا بين العتق والموت؛ بأنّ في الإعتاق: كذب القاضي البائع فيما زعم أنها أم ولده حين جعلها معتقة المشتري أو مدبرته، فلم يبق لزعم البائع عبرة.

وأما في الموت: فبموت الأم.. لم يجز الحكم، بخلاف ما زعم البائع، فبقي زعمه معتبراً في حق الولد، فيرد جميع الثمن.

واعترض عليه: بأن الولد حدث بعد قبض المشتري الجارية، ولا حصة من الثمن فيما حدث بعد قبض المبيع.

وأجيب: بأن ذلك من حيث الصورة، وأما من حيث المعنى.. فهو حادث قبل القبض، وما هو كذلك، فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة.

(**وقالا**:) يرد (**حصته فيهما**)؛ أي: في عتق الأم وموتها؛ بناء على أن مالية أم الولد متقومة عندهما، فيضمن المشتري، فيلزم [٣٦٧/أ] البائع رد حصة الولد.

وَلَوِ ادَّعَاهُ بعدَ مَوتِهِ أَو عتقِهِ.. رُدَّتْ.

وَلَو ولدتْ لأكْثَرَ من نصفِ سنةٍ وَأَقَلَّ مِن سنتَيْن؛ ....

(**ولو ادعاه**)؛ أي: لو ادعى البائع الولد - وقد ولدته لأقل من ستة أشهر - (**بعد موته**)؛ أي: موت الولد (**أو عتقه**)؛ أي: عتق المشتري الولد (.. **ردت**) دعوة البائع في حق الولد والأم معاً في الموت والإعتاق.

أما في الموت؛ فلأنه لا حاجة له بعد موته إلى النسب، حتى أثبتناه له، والأم في الاستيلاد تابعة له؛ فإذا لم يثبت النسب للأصل.. فلا يثبت الاستيلاد للتابع أيضاً.

وأما في العتق؛ فلأن إعتاق المشتري الولد مانع عن ثبوت النسب من البائع؛ لأن الإثبات منه لا يكون إلا بفسخ إعتاق المشتري، والعتق لا يقبل الفسخ، ولأن الثابت بإعتاق المشتري حقيقة الحرية، والثابت للبائع حق الدعوة، والحق لا يعارض الحقيقة، وإذا لم يثبت النسب منه.. لم يثبت ما هو تابع له.

واستيلاد الأم: بخلاف الفصل الأول؛ أعني: إعتاق المشتري الأم؛ فإن ثبوت المانع في البيع - وهو الأم - من البائع: لا يمنع صحة الدعوى وثبوت النسب في الأصل، على ما تقدم.

فإن قيل: إذا صح دعوى البائع وثبت نسب الولد في هذه الصورة.. كان ينبغي أن تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأنه من أحكام ثبوت النسب منه لولدها، ولهذا: صارت أم ولد له؛ فيما إذا ادعى البائع نسباً لولد قبل إعتاق المشتري الأم، ويثبت نسب الولد منه.. صارت الجارية أم ولد له لكونه من أحكام ثبوت... نسب ولده منه.

أجيب: بأن كون الجارية أم ولد له: إنما هو من أحكام ثبوت النسب لا من ضروراته؛ بحيث لا ينفك ثبوت النسب عنه، بل يجوز الانفكاك عنه؛ كما في ولد المغرور.. فإنه حر ثابت النسب من المشتري المستولد، وأمه لا تكون أم ولد له.

(**ولو ولدت**) الجارية المبيعة (**لأكثر من نصف سنة وأقل من سنتين**) من وقت

إِنْ صدَّقَهُ الْمُشْتَرِي.. فَالْحكمُ كَالْأَوَّلِ، وإِلَّا.. فَلَا يثبتُ.

وإِنْ لأَكْثرَ من سنتَيْن.. لَا تصحُّ دَعوته؛ فإِنْ صدَّقه الْمُشْتَرِي.. ثَبتَ نسبُه، وَحُمِلَ على النِّكَاح، وَلَا يردُّ البيعُ وَلَا يَعْتقُ الْوَلَدُ.

البيع، وادعاه البائع؛ (إن صدقه المشتري.. فالحكم كالأول)؛ أي: في دعوته النسب فيما ولدت لأقل من نصف سنة، فثبت النسب من البائع ويبطل البيع - والولد له حر، والأم: أم ولد له - لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك،

(وإلا.. فلا يثبت) النسب من البائع؛ لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه، فلم توجد الحجة.

وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الفصل.. صحت دعوته؛ لإمكان أن العلوق كان في ملكه، فيكون الولد: حر الأصل، والأم: أم ولد له.

وإن ادعياه معاً أو متعاقباً.. فالمشتري أولى؛ لأن البائع في [٣٦٧/ب] هذه الحالة كالأجنبي.

(وإن) كان - أي: الولد - يعني: إن ولدت (لأكثر من سنتين) من وقت البيع (.. لا تصح دعوته) إن لم يصدقه المشتري؛ لأنه حينئذ تيقن أن العلوق لم يكن في ملكه.

(فإن صدقه المشتري.. ثبت نسبه) من البائع (وحمل على) الاستيلاد (بالنكاح)؛ حملاً له على الصلاح.

(ولا يرد البيع، ولا يعتق الولد)، ولا تصير الأم: أم ولد للبائع؛ لأن العلوق لم يكن في ملكه، فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد، ولا حقه في حق الأم حتى تصير أم ولد له؛ فإذا لم تصر أم ولد له.. بقيت الدعوة في الولد دعوة تحرير.

وغير المالك ليس من أهله، والبائع ليس بمالك.

وإن ادعاه المشتري وحده في هذا الفصل، أو ادعياه معاً، أو متعاقباً.. صح دعوة المشتري؛ لأن البائع كالأجنبي. هذا كله إذا كانت المدة معلومة.

وإِنْ بَاعَ عبداً وُلِدَ عِنْده ثـمَّ ادَّعَاهُ بعدَ بيعِ مُشْتَرِيه.. صحّت دَعوتُهُ، ورُدَّ بيعُ مُشْتَرِيه.

وَكَذَا لَو كَاتَبَهُ المُشْتَرِي، أَو كَاتب أُمَّه، أَو رهَنَ، ....

أما إذا لم تكن معلومة؛ بأنها ولدت بعد البيع لأقل من النصف أو أكثر من سنتين أو ما بينهما.. فهو على أربعة أوجه أيضاً:

- فدعوة البائع وحده.. لا تصح إلا بتصديق المشتري.
- ودعوة المشتري وحده صحيحة.
- وإن ادعياه معاً.. لم تصح دعوة واحد منهما، وكان الولد عبداً للمشتري.
- وإن ادعيا متعاقباً؛ إن سبق المشتري.. صحت دعوته، وإن سبق البائع.. لم تصح دعوة واحد منهما. كذا في «العناية».

فحاصل المسألة: أن الجارية المبيعة إذا ولدت بعد البيع؛ فإما أن تكون مدة الولادة معلومة أو لا.

فإن كانت معلومة؛ إما أن تكون لأقل من نصف سنة، أو لأكثر منها، أو لما بينهما.

وعلى كل التقادير الأربعة؛ إما أن يكون المدعي هو البائع وحده، أو المشتري وحده، أو كلاهما معاً، أو متعاقباً.. وحكم كل منها سبق.

ولا بد أن يكون البائع اشترى هذه الجارية وباعها بعد سنتين؛ حتى يعلم أن العلوق كان في ملك البائع. كما صرح في «الخلاصة».

(**وإن باع عبداً ولد عنده**) وكان أصل العلوق في ملكه، (**ثم ادعاه بعد بيع مشتريه.. صحت دعوته**) بناء على أنه: إذا كان الحادث في الولد مما يلحقه الفسخ.. لا يمنع الدعوة فيه، وههنا كذلك؛ لأن البيع مما يقبل الفسخ.

(**ورد بيع مشتريه**)؛ لأن ما للبائع من حق الدعوة: لا يحتمل النقض، والبيع يحتمله، فينتقض لأجله.

(**وكذا لو كاتبه**)؛ أي: الولد (**المشتري أو كانت أمه، أو رهن**)؛ أي: الولد

أَو آجَر، أَو زَوَّجَهَا، ثمَّ كَانَتِ الدعْوَةُ.. صحّت، ونُقِضَتْ هَذِهِ التَّصرُّفَاتُ.

وَلَو بَاعَ أحدَ توأَمَينِ وُلِدَا عِنْدَهُ فَأعْتقهُ مُشْتَرِيه، ثـمَّ ادّعى البَائِعُ الآخرَ.. ثَبتَ نسبُهما وَبَطلَ عِتْقُ المُشْتَرِي.

[٣٦٨/أ] أو الأم، (أو آجر)؛ أي: الولد (أو زوجها)؛ أي: الأم، (ثـم كانت الدعوة) من البائع (.. صحت). لما ذكرناه.

(ونقضت هذه التصرفات)؛ لاحتمالها النقض، فينتقض لأجل ما لا يحتمله.

بخلاف إعتاق المشتري وتدبيره؛ لعدم قبولهما النقض.

وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أوّلاً، ثم ادعاه البائع.. حيث لا يثبت النسب من البائع لثبوته أولاً من المشتري، وذلك لا ينتقض كعتقه.

فإن قيل: الثابت بإعتاق المشتري: حقيقة الحرية، وبدعوته: حق الحرية، فأنى يتساويان؟

وأما الدعوة من البائع ومن المشتري، فتتساويان: في أن الثابت بهما حق الحرية فأين المرجح؟

أجيب عنه: بأن التساوي بين عتق المشتري ودعوته: في عدم احتمال النقض، وذلك ثابت البتة، وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع: من حيث أن الولد قد استغنى بالأولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له، فلا حاجة إلى الثانية.

(**ولو باع أحد توأمين ولدا عنده**)، وكان أصل العلوق في ملكه، (**فأعتقه مشتريه، ثـم ادعى البائع الآخر.. ثبت نسبهما**)؛ أي: من البائع؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما.. ثبوت نسب الآخر.

(**وبطل عتق المشتري**) بكسر الراء وفتحها؛ لأنه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة مِلْكَهُ؛ إذ المسألة مفروضة فيه.. ثبت حرية الأصل فيه، فثبت نسب الآخر وحريته أيضاً؛ ضرورة كونهما من ماء واحد، فتبين أن عتق المشتري لاقى حر الأصل فبطل.

وَمَنْ فِي يَدِهِ صبيٌّ لَو قَالَ: هُوَ ابْنُ زيدٍ، ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْني.. لَا يكونُ ابْنَهُ وإِنْ جحدَ زيدٌ بنوَّتَهُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ إِنْ جحدَ.

بخلاف ما إذا كان الولد واحداً.. حيث بطلت ثمة دعوة البائع، لا عتق المشتري. على ما سبق؛ لأن هناك لو صحت الدعوة من البائع.. لزم بطلان العتق المقصود.

وقد تقدم: أن حق الدعوة لا يعارض الإعتاق.

وأما في مسألة التوأمين: ثبت بطلان عتق المشتري تبعاً لحرية هي: حرية الأصل لا حرية التحرير.

ثم: لو لم يكن أصل العلوق في ملكه.. يثبت نسب الولد الذي عنده، ولا ينقض البيع فيما باع؛ لأن هذا دعوة تحرير؛ لانعدام شاهد الاتصال بالمدعي، فيقتصر على محل ولايته، وهو الذي عنده.

(**ومن في يده**)، قيد اليد ليس بشرط، بل اتفاقي. كما صرح به في «الزيلعي» (**صبي لو قال: هو ابن زيد**) الغائب، (**ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه**) أصلاً، لا في الحال لتعلق حق الغير به، ولا في الاستقبال [٣٦٨/ب]؛ لأن الغائب لا يخلو؛ إما أن يصدقه، أو يكذبه، أو يسكت.

ففي الأول والثالث: لا تصح دعوته بالاتفاق؛ لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبقي إقراره.

وفي الوجه الثاني: اختلاف على ما أشار إليه بقوله:

(**وإن**) - وصلية - (**جحد زيد بنوته**) هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يصح إن جحد**)، فيكون الصبي للمقر.

وجههما: أن الإقرار بالنسب: يرتد بالرد؛ فإذا رده المقر له.. كان وجود الإقرار وعدمه على السواء، فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه، وصار كما إذا أقر

المشتري على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع، ثم قال المشتري: أنا أعتقته.. فإن الولاء يتحول إليه.

بخلاف ما إذا صدقه المقر له؛ لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير.. وذلك لا يصح.

وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه؛ لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه؛ كمن نفى ولد المنكوحة ولاعن، ثم فرق القاضي بينهما: لا تصح دعوة نسبه من الغير؛ لتعلق حق الملاعن به؛ لاحتمال تكذيب نفسه.

ولأبي حنيفة: أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته بالاتفاق، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد، فبقي، فتمتنع دعوته؛ لأن الإقرار به يتضمن شيئين:

خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به؛ لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق.

وتعلق حق المقر له به.

وبتكذيب العبد.. لا يبطل شيء منهما، ومسألة الولاء على الخلاف.

ولو سلمناه، ولكن الولاء.. قد يبطل باعتراض الأقوى؛ كجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب.

وإنما لا يبطل: إذا تقرر سببه، ولم يتقرر؛ لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب.. فكان الولاء موقوفاً، وقد اعترض عليه ما هو أقوى: وهو دعوى المشتري.. فيبطل.

قال في «البزازية» من دعوى النسب نقلاً عن «الجامع»: لو قال: هذا ابن عبدي أو ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه أبداً.

وقالا: إن كذبه المقر له في النسب، ثم ادعاه المقر.. صح. انتهى.

وَلَو كَانَ فِي يَد مُسلِمٍ وَذمِّيٍ، فَادّعى الْمُسلمُ رِقَّه، وَالْكَافِرُ بنُوتَهُ.. فَهُوَ حرٌّ ابْنُ الْكَافِرِ.

فعلى هذا: في كلام المصنف قصور؛ لأن الظاهر من كلام المصنف: عدم الحاجة إلى دعوة المقر بعد تكذيب المقر له.

والظاهر من «البزازية» خلافه كما ترى.

(**ولو كان**)؛ أي: الصبي (**في يد مسلم وذمي، فادعى المسلم رقه والكافر بنوته.. فهو**)؛ أي: الصبي (**حر ابن الكافر**)، نظراً للصبي؛ لأنه ينال: شرف الحرية حالاً، وشرف الإسلام مآلاً؛ لأن دلائل الوحدانية ظاهرة، والعقل مستقل في معرفة [٣٦٩/أ] حسن الإيمان وقبح الكفر.

وفي عكسه.. ينال: شرف الإسلام تبعاً ويحرم عن الحرية؛ إذ ليس في وسعه اكتسابها.

وقوله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ﴾ يعارضه قوله تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ فبقيت الأحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان سالمة عن المعارض.. فعملنا بها.

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة.. فالمسلم أولى؛ ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين.

بخلاف ما لو ادعى غلام بالغ نصراني على نصراني ونصرانية أنه ابنهما، وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما، وأقام الطرفان البيّنة.. حيث لا يترجح جانب الإسلام؛ لأن البيّنتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح، لكن ترجحت بينة الغلام: من حيث إنه مثبت حقاً لنفسه؛ لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالد؛ لأن الولد يعير بعدم الأب، ولا يعيّر الوالدان بعدم الولد، وبينة من يثبت حقاً لنفسه أولى.

فإن قيل: إنه أضعف من الإسلام في الترجيح.

قلنا: إنه يقوّي بقوله ﷺ: «البينة على المدعي»؛ لأنه أشبه المدعيين؛ لكونه يدعي حقاً لنفسه، ولأن النسب: في معنى النتاج، وفي النتاج: بينة ذي اليد أولى،

والغلام ههنا: ذو اليد؛ لأنه في يد نفسه.

وكذا لو ادعى غلام بالغ على مسلم ومسلمة أنهما أبواه وأقام عليه البينة، وأقام مسلم ومسلمة أخرى: أن هذا الغلام ابنهما.. فبينة الغلام أولى. لما ذكرناه.

واعلم: أن دعوى نسب الغلام على ثلاثة أقسام:

- **الأول: دعوى الخارج مع ذي اليد:**

قال محمد في «الأصل»: لو أن حراً مسلماً في يديه غلام يدعي أنه ابنه، جاء مسلم أو ذمي أو عبد وأقام بينة أنه ابنه، ولا بينة لصاحب اليد.. قضي بثبوته من المدعي الخارج؛ لأن البينة لا تعارضها اليد. ولا قول ذي اليد.

وقال شيخ الإسلام: ويكون الولد حراً في ذلك كله.

وقال: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا كان المدعي حراً، ويشكل فيما إذا كان المدعي عبداً؛ لأن ماء العبد رقيق، ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة، وإذا لم يسموا الأم.. لم يثبت اتصاله برحم الحرة.

ثم أجاب فقال: حرية الولد كانت ظاهرة حين ادعى صاحب اليد نسبه وهو حر، وبما أقام العبد من البينة.. لم تبطل تلك الحرية، لأنهم إذا لم يسموا أمه.. يجوز أن تكون أمه حرة.

حتى لو أقام [٣٦٩/ب] العبد بينة: أن هذا ابنه من امرأته هذه وامرأته أمة.. يبطل ما ثبت للولد من الحرية بإقرار ذي اليد.

وذكره شمس الأئمة الحلواني وقال: ويكون الصبي حراً إلا في العبد خاصة؛ فإنه إذا ثبت نسبه من العبد.. يكون مملوكاً.

واستحسنه الإمام السرخسي وقال: وهو الأشبه.

ثم قال: وإذا كان الصبي في يد رجل يدعي أنه ابنه ويقيم على ذلك بينة، ورجل آخر يقيم بينة أنه ابنه.. قضي لصاحب اليد؛ لأن النسب في معنى النتاج، وفي النتاج:

بينة ذي اليد أولى، فكذا في النسب.

ولو أقام صاحب اليد بينة: أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام رجل آخر بينة: أنه ابنه من امرأته هذه.. قضي لذي اليد؛ لأنهما استويا في اليد على الأم، ولأحدهما يد على الولد، فيترجح من له يد على الولد؛ كما في دعوى النتاج: ويكون الصبي ابناً له ولامرأته معاً؛ سواء ادعى الأب وجحدته المرأة أو أقرته.

وكذا لو ادعته المرأة وجحد الأب أو أقر به؛ لأن الأب ينتصب خصماً عن ابنه في إثبات نسبه من الأم، وكذا الأم تنتصب خصماً عن الابن في إثبات نسبه من الأب؛ لأن النسب حق الولد؛ لكونه محض منفعة له، فيكون كل من الأب والأم خصماً عنه في إثباته.

ثم قال: عبد تحته امرأة، وفي أيديهما صبي، جاء رجل حر تحته حرة وادعى أن هذا الصبي ابنه من هذه المرأة، وأقام على ذلك بينة، وادعى العبد أنه ابنه من امرأته وأقام على ذلك بينة.. يقضى به للحر، ولم تعتبر اليد الثابتة للعبد؛ ترجيحاً إذا كان الخارج حراً؛ لأن اليد إنما تعتبر للترجيح إذا استوت البينتان في الإثبات، ولا استواء ههنا؛ لأن بينة الحر تثبت النسب بجميع أحكامه، وبينة العبد: لا تثبت النسب بجميع أحكامه.. فتكون بينة الحر أكثر إثباتاً، فتكون أولى.

وإذا كان الصبي في يدي رجل، أقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه - وهما حران - وأقام صاحب اليد بينة أنه ابنه وهو حر أيضاً إلا أنه لم ينسبه إلى أمه.. فإنه يقضى بالولد للمدعي؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب من الأب والأم جميعاً، وبيّنة صاحب اليد لا تثبت النسب من الأم إذا لم يسم الأم.

صبي في يد رجل من أهل الذمة يدعي أنه ابنه، جاء مسلم وأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة [٣٧٠/أ] أنه ابنه، وأقام الذي في يده بينة من أهل الذمة أنه ابنه.. قضي للخارج؛ لأن ما أقام الذمي من البينة ليست بحجة في حق المسلم، فصار في حق المسلمين؛ كأن الذمي لم يقم البينة.

وإن أقام الذمي بينة من المسلمين - وباقي المسألة بحالها - قضي للذمي بحكم يده عند الاستواء في الحجة. هكذا ذكره في «المحيط».

ثم قال: ومما يتصل بهذا القسم: ادعى الخارج مع ذي اليد نسب الأمة مع دعوى تلك الأمة؛ كما قال محمد: إذا كان في يد رجل أمة ولدت ولداً، أقام رجل آخر بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه على ملكه، وأقام ذو اليد بينة أن هذه الأمة أمته ولدت هذا الولد منه على ملكه وعلى فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم إلا أنه يدعي أنه ابن صاحب اليد.. فالقاضي يقضي بالغلام لذي اليد؛ لأن بينة ذي اليد في دعوى النسب مرجحة حسب ترجحها في دعوى النتاج، ويقضى بالأمة لذي اليد وإن كان المدعي خارجاً؛ لأنهما تصادقا على أن حق العتق للأم بسبب ثبات هذا الولد؛ لأن حق الأم إنما يثبت تبعاً لثبوت حق الولد، وكل من يثبت نسب الولد منه.. يثبت حق العتق للأم من جهته باتفاق الخصمين وباتفاق البيّنتين، وقد ثبت نسب الولد ههنا من ذي اليد.. فثبت حق العتق للأم من جهته.

ومما يتصل بهذا القسم أيضاً: دعوى الخارج مع ذي يد: نسب ولد الحرة مع دعوى نكاح الحرة؛ كما قال محمد: حرة لها ابن وهما في يد رجل، أقام رجل آخر بينة أنه تزوجها وأنها ولدت منه هذا الولد على فراشه، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك.. فإنه يقضى بالولد لذي اليد؛ سواء ادعى الغلام أنه ابن ذي اليد أو ادعى أنه ابن الخارج؛ إن ادعى أنه ابن ذي اليد.. فظاهر، وإن ادعى أنه ابن الخارج.. فلأنا قضينا بالنكاح لذي اليد؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك في نصفها من جهة واحدة، ولأحدهما يد.. فيقضي لذي اليد؛ كما في دعوى الشراء، وإذا وجب القضاء بالنكاح لذي اليد.. لم يكن القضاء بالنكاح للخارج، وما لم يثبت النكاح في المرأة للخارج.. لا يمكن إثبات النسب منه.

ولو كان الذي هما في يده من أهل الذمة، [والذي يدعي مسلم] وشهوده مسلمون، والمرأة من أهل الذمة.. قضي بالمرأة والولد لذي اليد؛ لأن بينة [٣٧٠/ب]

كل واحد منهما حجة على صاحبه.

وفي دعوى النكاح والنسب: بينة ذي اليد أولى، فيقضى بالمرأة والولد لذي اليد.

وإن كانت المرأة [مسلمة] في هذه الصورة.. قضي بالمرأة والولد للمدعي؛ سواء كان شهود ذي اليد مسلمين أو كانوا من أهل الذمة:

أما إذا كانوا من أهل الذمة.. فظاهر؛ لأن شهود أهل الذمة ليست بحجة على المدعي؛ فكأن ذا اليد لم يقم البينة، فيقضى للخارج ببينته.

وإن كان شهود ذي اليد من أهل الإسلام.. فلأن ذا اليد يدعي نكاحاً فاسداً؛ لأن نكاح الذمي على المسلمة فاسد، وبينة ذي اليد في دعوى النكاح إنما تترجح إذا ادعى ذو اليد نكاحاً صحيحاً.

- **القسم الثاني:**

في دعوى الخارجين نسب الولد:

قال محمد: صبي في يد رجل، جاء رجلان وادعى كل واحد منهما أنه ابنه، وأقاما على ذلك بينة.. قضي بنسبه منهما.

وإن وقتت إحدى البينتين وقتاً قبل الأخرى.. ينظر إلى سن الصبي؛ فإن كان مخالفاً[1] لإحدى الوقتين بيقين مشكلاً لوقت الأخرى.. يقضى للمشكل؛ لأنه لم يتيقن بكذبه وتيقن كذب الآخر.

وإن كان مشكلاً للوقتين:

فعلى قول أبي يوسف ومحمد: يسقط اعتبار التاريخ ويقضى بينهما باتفاق الروايات.

(١) في المخطوط: «موافقاً» وهو خطأ ظاهر، والمثبت من «المحيط البرهاني» (٩/٣٢٦).

وَلَو كَانَ فِي يَدِ زَوْجَيْنِ فَزعمَ أَنَّه ابْنُهُ مِن غَيرِهَا، وَزَعَمت أَنَّه ابْنُهَا مِن غَيرِهِ.. فَهُوَ ابنُهما.

وأما على قول أبي حنيفة: ذكر شيخ الإسلام: أنه يقضى بينهما في رواية أبي حفص، ولا يعتبر التاريخ.

وعلى رواية أبي سليمان: يقضى لأسبقهما تاريخاً.

صبي في يد رجل، يدعي نسبه خارجان: أحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين أنه ابنه.. قضي بالنسب من المسلم، وترجح المسلم على الذمي بحكم الإسلام.

وفيما إذا كان الصبي في يد ذمي يدعي أنه ابنه، ويقيم عليه بينة من المسلمين، وجاء مسلم وادعى نسبه منه، وأقام بينة من المسلمين أو من أهل الذمة.. يقضى للذمي؛ لأن هناك الترجح بحكم اليد ممكن.. فرجحنا اليد عند الاستواء في الحجة.

والحاصل: أن الترجيح في باب النسب أوّلاً باليد؛ فإن لم يمكن باليد.. يصار إلى الترجيح بالإسلام.

صبي في يد رجل؛ ادعاه مسلم أنه ابنه من هذه الأمة، وادعاه عبد أو مكاتب أنه ابنه من هذه المرأة.. قضي للحر؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

ولو ادعاه عبد أنه ابنه ولد من هذه الأمة، وادعاه مكاتب أنه ابنه [٣٧١/أ] ولد من هذه المكاتبة.. قضي للمكاتب؛ لأن بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها توجب حرية الولد.

• **القسم الثالث: في دعوى صاحبي اليد الولد**، وإليه أشار بقوله: (**ولو كان**)؛ أي: الصبي لا يعبر عن نفسه (**في يد زوجين، فزعم**) الزوج (**أنه ابنه من غيرها، وزعمت**) المرأة (**أنه ابنها من غيره.. فهو ابنهما**)؛ لأن الظاهر أن الولد منهما؛ لقيام يديهما ولقيام الفراش بينهما.

ثم كلّ واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق عليه؛ وصار كثوب في

يد رجلين؛ يقول كل واحد منهما: هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي.. يكون الثوب بينهما، إلا أن هناك يدخل المقرّ له في نصيب المقر؛ لأن المحل ثمة يحتمل الشركة، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن النسب لا يحتملها.

ولو ادعت المرأة وحدها أنه ابنها منه؛ فإن صدقها الزوج.. ثبت النسب منهما بالتزامه بلا حاجة إلى حجة.

وإن كذبها.. لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة؛ لأنها تدعي تحمل النسب على الغير، فلا تصدق إلا بالحجة، وشهادة القابلة: كافية؛ على ما صح عن النبي ﷺ: أنه قبل شهادة القابلة على الولادة.

ولو كانت معتدة وادعتها.. احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة، إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج، ومما لا يكفي: شهادة امرأة واحدة، على ما مر في الطلاق.

ولو ادعتها ولم تكن ذات زوج، ولا معتدة.. قالوا: يثبت النسب منها بمجرد قولها؛ لالتزامها على نفسها.

وقيل: لا يقبل قولها؛ سواء كانت ذات زوج أو لا.

والفرق هو: أن الأصل: أن كل من ادعى أمراً لا يمكن إثباته بالبينة.. كان القول فيه قوله من غير بينة.

وكل من ادعى أمراً يمكنه إثباته بالبينة.. لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة.

والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة؛ لأن انفصال الولد منها مما يشاهد؛ فلا بد لها من بينة.

والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق؛ لخفائه، فلا يحتاج إليها.

والمختار: هو القول الأول؛ لعدم التحميل على أحد فيها.

وَلَو استولَدَ مشتراتِهِ ثُمَّ اسْتحقَّت.. فَالْوَلَدُ حرٌّ، وعَلى الْأَبِ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْخُصُومَةِ.

فإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ.. فَلَا شَيْءَ على أَبِيه، وَتركَتُهُ لَهُ.

ولو كان الصبي في يد امرأة، وادعته امرأة أخرى أنه ابنها وأقامت على ذلك امرأة واحدة، وأقامت المرأة التي في يدها أنه ابنها.. يقضى لذي اليد.

ولو شهد لكل منهما رجلان.. قضي لذي اليد أيضاً [٣٧١/ب].

ولو شهد لصاحب اليد امرأة واحدة وللخارجة رجلان.. يقضى للخارجة. كذا في «المحيط».

(**ولو استولد مشتراته**)؛ أي: ولدت منه، ولم ينكر هو، (**ثم استحقت**) الوالدة المشتراة (.. **فالولد حر**) الأصل بالإجماع؛ لأنه ولد المغرور؛ فإن المغرور: من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح.. فتلد منه، ثم استحقت المرأة وهو كذلك.

وولد المغرور: حر، ومضمون على الأب بإجماع الصحابة، إلا أنهم اختلفوا في كيفية الضمان.

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: يضمن بالمثل؛ فإن كان غلاماً.. فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية.. فعليه جارية مثلها.

وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: يضمن بالقيمة. وهو مذهب أصحابنا.

ولهذا قال: (**وعلى الأب قيمته**)؛ لأنه قد ثبت بالنص: أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، بل بالقيمة (**يوم الخصومة**)؛ لأنه لما كان حصوله في يده من غير تعد منه.. كان كولد المغصوبة أمانة عنده، فلا يضمن إلا بالمنع، ويوم الخصومة: هو يوم المنع.

(**فإن مات الولد**)؛ أي: قبل الخصومة (.. **فلا شيء على أبيه**)؛ أي: لم يضمن قيمته؛ لعدم المنع منه.

(**وتركته له**)؛ لأنه حر الأصل في حقه فيرثه.

وَإِن قَتَلَه الْأَبُ.. غُرِّمَ قِيمَتَهُ، وَكَذَا إِن قَتله غَيرُهُ فَأخذ دِيَتَهُ، وَيرجعُ بِقِيمَتِهِ وبالثمنِ على بَائِعِهِ، لَا بالعُقْرِ.

فإن قيل: ينبغي أن يكون المال مشتركاً بين الأب والمدعي؛ لأنه حر الأصل في حق الأب، رقيق في حق المدعي.

أجيب: بأنه علق حر الأصل في حق المدعي أيضاً، ولهذا.. لا يكون الولاء له.

وإنما قدر الرق في حقه: ضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها.

(**وإن قتله الأب.. غرم قيمته**)؛ لوجود المنع منه.

(**وكذا: إن قتله غيره فأخذ**) الأب قدر قيمته من (**ديته**)، وذلك؛ لأن سلامة بدله: كسلامة نفسه، ومنع بدله: كمنع نفسه.. فيغرم الأب ما أخذه من قدر قيمته من ديته.

وإن لم يأخذ الأب شيئاً من ديته.. لا يجب عليه شيء؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لا يصل إليه.

وإن أخذ أقل من قيمته.. وجب عليه بقدره؛ اعتباراً للبعض بالكل. على ما في «الزيلعي».

(**ويرجع**) الأب (**بقيمته**)؛ أي: بقيمة الولد (**وبالثمن**)؛ أي: ثمن الأم (**على بائعه**)؛ أي: بائع الأم؛ لأن البائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع أجزائه، ولم يسلم كذلك؛ لأن الولد من أجزائه.

والتزم أيضاً: سلامته عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق، فيرجع عليه بما ضمنه.

ولو هلك [٣٧٢/أ] عند المشتري، فضمنه المستحق قيمتها وقيمة ولدها.. يرجع المشتري أيضاً على البائع بالثمن وقيمة الولد، ولا يرجع عليه بقيمة الأم؛ لأن أخذ قيمتها: كأخذ عينها، وفيه: لا يرجع إلا بالثمن.. فكذا هنا.

(**لا**)؛ أي: لا يرجع الأب على البائع (**بالعقر**) الذي ضمنه للمدعي؛ لأنه إنما

ضمنه له؛ لكونه واطئاً منه ومستوفياً لمنافع بضعها، ومنافعها ليست من أجزاء المبيع، فلم يكن البائع ضامناً لسلامتها، وسقط عنه الحد مع كونه واطئاً لأمة الغير؛ لشبهة المغرور.

وإنما قيد هذه المسألة بالمشتراة؛ لأنه لو استولد أمة موهوبة أو متصدقة أو وصية له، فاستحقت.. لا يرجع الأب بشيء من قيمة الولد على الواهب والمصدق والموصي؛ لأن هذه العقود: عقد تبرع، ولا شيء على المتبرع.

بخلاف البيع؛ لأنه عقد معاوضة يوجب السلامة والضمان، على ما تقدم.

وبخلاف التزوج؛ لأنه موضوع للاستيلاد وطلب النسل؛ فإذا لم يسلم له ما هو المقصود.. يرجع بذلك على من غرّه وهو المزوِّج؛ فإنه لو زوجه رجل امرأة على أنها حرة، ثم استحقت.. يرجع على المزوج بثمن الأم وقيمة الولد؛ لكونه مغروراً من جهته.

ولو باع المشتري هذه الأمة من رجل آخر، فاستولدها الثاني ثم استحقت.. يرجع المشتري الثاني على البائع لثاني بالثمن وبقيمة الولد، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة الولد. عند أبي حنيفة.

وقالا: يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً؛ لأن البائع الأول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع، ولم يسلم له؛ حيث أخذ منه قيمة الولد، فيرجع به عليه كما في الثمن.

ولأبي حنيفة: أن البائع الأول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشترى منه؛ لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع، والبيع الثاني لا يضاف إليه، وإنما يضاف إلى البائع الثاني بمباشرته باختياره، فينقطع به سبب الأول.

بخلاف الثمن؛ لأن البائع الأول ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع، فلم يسلم له، فلا يسلم لبائعه الثمن.

* * *

(كتاب الإقرار)

(كتابُ الْإِقْرَارِ)

هُوَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لآخَرَ ....

(كِتَابُ الإِقْرَار)

هو في اللغة: الإثبات، يقال: قر الشيء قراراً: إذا استقر في مكانه، وأقره غيره: إذا أثبته.

وفي الشرع: (هو إخبار)؛ أي: إعلام بالقول، حتى لو سكت [٣٧٢/ب] أو أشار ولم يتكلم بشيء.. لم يكن إقراراً؛ لعدم الإخبار.

بخلاف ما لو كتب إلى غائب: «أما بعد: فله عليّ كذا».. فإنه إقرار؛ لكونه مكالمة مع الغائب.

(بحق لآخر)؛ حتى: لوعلم ذلك الآخر أن المقر كاذب في إقراره.. لا يحل له أخذه عن كره؛ لعدم حقه عليه؛ سواء ادعى المقر أنه كاذب في إقراره أو لم يدع، وذلك بأن أثبت إقراره فيما إذا أنكر، أو حلف فيما إذا ادعى أنه أقر كاذباً وأراد تحليف ذلك الآخر على عدم علمه بكذبه في إقراره.. فإن للمقر تحليف المقر له إذا ادعى أنه أقر كاذباً على عدم علمه بكذبه في إقراره له. على ما صرح به في باب اليمين من دعوى «قاضي خان»؛ حيث قال:

إذا أقر رجل: أني وهبت هذا العين لفلان وقبضه مني، ثم ادعى أنه لم يقبضه مني، وإني أقررت بالقبض كاذباً، وطلب يمين الموهوب له.. ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يحلف الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد.

ويحلف في قول أبي يوسف.

وكذا: في كل موضع إذا ادعى أنه كان كاذباً فيما أقر؛ كما لو أقر بقبض الثمن من المشتري وغيره؛ ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره، أو أقر الواهب بقبض الهبة، ثم ادعى أنه كان كاذباً في إقراره، وأراد استحلاف المشتري بالله: «لقد نقدته الثمن»،

أو طلب يمين الموهوب له بالله: «لقد قبضت الهبة بإذن الواهب».. على قول أبي حنيفة ومحمد: ليس له أن يستحلفه.

وعلى قول أبي يوسف والشافعي: له ذلك.

فإذا كان في المسالة خلاف أبي يوسف والشافعي.. يفوّض ذلك إلى رأي القاضي والمفتي. انتهى.

واعلم: أن الإقرار حجة ظاهرة، فيكفي في مقام الدفع؛ لأن الدفع للإبقاء، والظاهر يكفي للدفع والإبقاء، ولا يكفي في مقام الاستحقاق؛ لأن الاستحقاق: إثبات أمر لم يكن؛ فلا بد من حجة قوية، وعليه استقر فتوى علماء خوارزم.

وتمامه: ما ذكر في «الذخيرة»: ادعى عليه كذا درهماً، أو أن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به، أو ابتداءًا بدعوى الإقرار وقال: إنه أقر أن هذا لي، أو أقر: أن لي عليه كذا.. قيل: يصح.

وعامة المشايخ: على أنه لا تصح الدعوى؛ لعدم صلوح الإقرار للاستحقاق؛ كالإقرار كاذباً.. فلا يصح الإقرار؛ لإضافة الاستحقاق إليه.

بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على [٣٧٣/أ] المدعي لدفع دعواه؛ بأن برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه، أو بأنه ملك المدعي.. حيث تقبل؛ لأن دعوى الإقرار مسموعة في مقام الدفع لا في مقام الاستحقاق.

وقيل: لا تقبل دعوى الإقرار في طرف الدفع أيضاً.

وعامة المشايخ: على أنه تقبل في طرف الدفع.

وأجمعوا: على أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر به المدعى عليه.. تقبل؛ لأنه لم يجعل الإقرار علة الاستحقاق.

ولو برهن عليه أيضاً.. تقبل.

ولو أنكر الإقرار في هذه الصورة.. هل يحلف على إقراره؟

قيل: إنه على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

والفتوى: على أنه يحلف على المال لا على الإقرار.

وذكر القاضي: أن دعوى المال بناء على الإقرار.

وإن كان في طرف الاستحقاق.. تقبل عند عامة المشايخ.

وقال في «البزازية»: وهذا على خلاف ما ذكر في «الذخيرة»: من أنه لا تقبل في طرف الاستحقاق عند عامة المشايخ.

وقال فيها أيضاً: وقد بقي هنا فصل آخر اختلف فيه العلماء، وهو: أن المديون إذا برهن على إقرار المدعي باستيفاء الدين.. قيل: لا تسمع؛ لأنه دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق؛ لأن الديون تؤدى بأمثالها، فيكون المقبوض ديناً على الدافع.

وقيل: تسمع؛ لأنه في الحاصل: يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان دعوى الإقرار في طرف الدفع. كذا في «المحيط».

وقال في «المنتقى» بعلامة «حم»: أقر بدين لرجل، ثم قال: نسيت القضاء، ولي على ذلك بينة، فأقام أن هذا الدين الذي أقر هو قضاه قبل هذا الإقرار.. لا تقبل؛ لأنه متناقض. انتهى.

وقد وقع لي أن أفتي بهذا.

ثم اعلم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار: إخبار أو تمليك.

واختار المصنف: كونه إخباراً.

وفي «البزازية»: هو الأوجه.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: صحة الإقرار بالخمر؛ مع أنه لا يتصور فيه التمليك من المسلم.

على نَفسِهِ.

وَلَا يَصحُّ إِلّا لمعلوم.

ومنها: عدم صحة إقراره بالطلاق والعتاق مكرهاً، ولو كان تمليكاً.. لصح؛ لأن طلاق المكره وعتاقه صحيح.

ومنها: صحة إقرار المريض المديون بجميع ماله لأجنبي؛ حيث صح بدون إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً.. لكان من الثلث.

ومنها: صحة إقرار العبد المأذون بعين في يده، مع أنه ممنوع عن التمليك.

ومنها: صحة الإقرار بنصف ما يقسم عند الإمام أيضاً، مع عدم صحة [٣٧٣/ب] تمليك الشائع.

ومنها: صحة الإقرار بالنكاح بلا حضور الشهود، وابتداء النكاح: لا يصح بدونه.

ومنها: صحة إقرار المريض بالدين المستغرق، ولو كان تمليكاً.. لما صح.

ويدل أيضاً على أنه إخبار لا تمليك: ما قالوا: إن دعوى الملك والنكاح بناء على الإقرار.. لا يصح، ولو كان تمليكاً.. لصحَّ.

واستدل القائلون «بأنه تمليك»: بأن الإقرار يرتد بالرد، ولو لم يكن تمليكاً بل إخباراً.. لما بطل بالرد، ولا يصح إقراره لوارثه في مرضه.

وأجيب عنه: بأنه إنما تلزمه تلك الأحكام - أي: الارتداد بالرد - وما بعدها لوجود معنى التمليك فيها؛ ارتد برد المديون أو بردّ الوارث.

(على نفسه) قيده بكونه على نفسه؛ لأنه لو كان: لغيره على غيره.. تكون شهادة، ولنفسه على غيره.. تكون دعوى.

(ولا يصح)؛ أي: الإقرار (إلا لمعلوم)؛ لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، فلا بد أن يكون المقر له معلوماً [لا] مجهولاً بجهالة فاحشة أو غير فاحشة؛ حتى لو قال:

وَحكمُهُ: ظُهُورُ الْمُقَرِّ بِهِ، ....

عليّ ألف درهم لواحد من الناس أو لأحد هذين.. لا يصح إقراره في الصورتين. هكذا ذكره شمس الأئمة.

لكن ذكر شيخ الإسلام والناطفي: أن الجهالة إذا تفاحشت.. لا تجوز، وإن لم تتفاحش.. تجوز.

وكذا: لا يجوز مع جهالة المقر؛ حتى لو قال: لك على واحد منا ألف.. لا يصح إقراره.

بخلاف جهالة المقر به؛ فإنها لا تمنع صحة الإقرار. على ما سيصرح به.

قال في «الأشباه»: الإقرار للمجهول باطل، إلا في مسألة ما إذا ادعى رد المبيع بعيب، فبرهن البائع على إقراره أنه باعه من رجل ولم يعينه.. قبلت بينته، وسقط حق الرد. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن الحصر في كلام المصنف: في ابتداء الإقرار من المقر، لا في الإقرار المثبت ببينة الخصم بعد إنكار المقر.. فلا استثناء حينئذ.

(وحكمه: ظهور المقر به)؛ لأن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به؛ لوقوعه، دالاً على المخبر به؛ بناء على: أن مدلول الخبر - الصدق والكذب - احتمال عقلي، كيف وقد ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً الرجم بإقراره، وتلك المرأة الغامدية باعترافها؛ فلو لم يكن ملزماً.. لما ألزمهما ﷺ بإقرارهما ما يندرئ بالشبهات؛ فلأن يكون ملزماً في غيره أولى، وإذا كان ملزماً.. يلزمه ظهور حكمه بالضرورة؛ سواء صدقه المقر له أو سكت؛ لأن تصديقه: ليس بشرط في صحة الإقرار.

وأما لو رده [٣٧٤/أ]؛ فإن كان المقر به ديناً أو عيناً.. يبطل إقراره بالرد، وإن كان طلاقاً أو عتاقاً.. لا يبطل بالرد؛ لأنه إسقاط يتم بالمسقط وحده.

وكذا: لو أقر لآخر وقال: أنا عبدك، فرده المقر له.. لا يبطل الإقرار، فيكون عبده؛ لأن الإقرار بالرق لا يبطل بالرد، كما لا يبطل بجحود المولى. كما في

«الخلاصة» و«البزازية».

ولو عاد المقر له إلى تصديق المقر بعد رده.. لا يفيد تصديقه.

ولو أعاد المقر إقراره بعد الرد، وصدقه المقر له في الإقرار الثاني.. يصح إقراره. كذا في «القنية».

وأما الإقرار بالنسب.. فهل يرتد بالرد؟

ففي «الفصولين»: بعلامة قاضي ظهير: لو قال: ليس هذا الولد مني، ثم قال: هو مني.. يصح؛ لأنه بالإقرار بأنه «ابني» تعلق حق المقر وحق المقر له؛ أما حق المقر له: فإنه يثبت نسبه من رجل معين، حتى ينتفي كونه من الزنا؛ فإذا قال: ليس هذا الولد مني.. لا يملك إبطال حق الولد؛ فإذا عاد إلى التصديق.. يصح.

قال: هذا فيما إذا أقر أوّلاً بأنه «ابني» ثم نفاه، ثم عاد إلى الإقرار.

وأما إذا نفي أولاً ثم أقر.. فلا يستقيم، هذا إذا لم يبطل بالنفي حق الولد؛ لعدم حقه؛ لأنه لم يقر نسبه حينئذ.. فالأولى أن يعلل بأن التناقض لا يمنع في مثله.

قال: ولو قال هذا الولد مني، ثم قال: ليس بولدي.. لا يصح النفي؛ لأن النسب إذا ثبت.. لا ينتفي بنفيه.

وهذا إذا صدقه الابن.

وأما بغير تصديقه.. فلا يثبت النسب؛ لأنه إقرار على الغير بأنه جزئي.

لكن إذا لم يصدقه ا لابن، ثم صدقه.. تثبت البنوة؛ لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن.

ولو أنكر الأب إقراره، فبرهن الابن أنه أقر «أني ابنه».. يقبل.

والإقرار بأنه «ابني»: مقبول؛ لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه.

أما الإقرار بأنه أخوه.. فلا يقبل؛ لأنه إقرار على الغير.

لا إِنشاؤُهُ ....

ولو ادعى: إن أبي فلان، وصدقه فلان.. ثبت نسبه، ثم ادعى: أني ابن فلان آخر.. لا يسمع؛ لأنه يتضمن إبطال حق المقر له الأول.

وكذا لو قال: إن أبي فلان، ولم يصدقه فلان، ثم ادعى: أني ابن فلان آخر.. لم يصح إقراره الثاني؛ إذ ثبت للأول حق التصديق؛ فلو صححنا إقراره الثاني.. يفضي إلى إبطال حق التصديق للآخر - وإنه لم يجز - وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه فلان، ثم ادعى أنه مولى فلان آخر [٣٧٤/ب].. فإنه لم يجز؛ لما فيه من إبطال حق الغير. هكذا ذكره. بعلامة قاضي ظهير.

ثم ذكر بعلامة «العدة»: إنه لو قال: هو ابن فلان، ثم قال: هو ابني.. لم يكن ابنه أبداً وإن جحد المقر له؛ لأن النسب المقر به لا يحتمل النقض. وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: هو ابن المقر لو جحد المقر له؛ لأن الإقرار بالنسب يحتمل النقض، فيرتد برده. انتهى.

قال في «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: لو قال: هذا ابن عبدي، أو ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابني.. لا يكون ابنه أبداً.

وقالا: إن كذبه المقر له في النسب، ثم ادعاه المقر.. صح. انتهى.

فظهر منه: أنه لا يكون ابن المقر فيما جحد المقر له على إطلاقه؛ كما هو الظاهر من لفظ «العدة»، بل لا بد من دعوى المقر بعد إنكار المقر له.

(**لا إنشاؤه**)؛ أي: لا إثبات المقر به للمقر له ابتداء بهذا اللفظ - على ما هو شأن الإنشاءات - كما في البيع والهبة؛ وهذا لأنه إخبار عن أمر كائن - على ما تقدم - فيحتمل الكذب، فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه.

بخلاف الإنشاء الشرعي؛ فإنه يمتنع التخلف عنه؛ لأنه إيجاد أمر، وتمليكه: بلفظ يقارنه في الوجود.

فصحَّ الْإِقْرَارُ بِالْخمرِ للْمُسلِمِ، لَا بِطَلَاقٍ وعتاقٍ مكْرهاً.
وَإِذا أَقرَّ حرٌّ ....

وقد تقدم: أنهم اختلفوا في أن الإقرار: إخبار، أو تمليك وإنشاء للحال.

واختار المصنف: أنه إخبار، وعليه أكثر مشايخنا.

واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما ذكره المصنف بقوله: (**فصح الإقرار بالخمر للمسلم**)، حتى يؤمر بتسليمه إليه.

ولو كان تمليكاً ابتداء.. لما صح هذا.

(لا) يصح إقراره (**بطلاق وعتاق مكرهاً**) في إقراره ولو بوعيد الحبس والقيد.

ولو كان إنشاء.. لصح إقراره بهما مكرها؛ لأن طلاق المكره وعتاقه: صحيح عندنا.

وكذا: لا يصح إقراره بهما هازلاً أو كاذباً. على ما في إكراه «قاضي خان».

ولو كان تمليكاً.. لصح.

ومنها: أنه لو أقر لآخر بعين في يد رجل، ولا يملكه المقر.. صح إقراره في حقه، حتى لو ملكه المقر يوماً من الدهر.. يؤمر بتسليمه.

ولو كان تمليكاً.. لما صح؛ لأنه تمليك بما لا يملكه بعد.

إلى غير ذلك من المسائل التي استدلوا بها على أنه إخبار. على ما تقدم آنفاً.

(**وإذا أقر حرّ**)، والحرية ليس بشرط في صحة الإقرار؛ لأن إقرار العبد صحيح أيضاً؛ مأذوناً أو محجوراً:

أما المأذون: فلأنه يلحق بالحر في حق إقرار ما يكون من باب التجارة، حتى ينفذ في الحال إقراره بالمال والحدود والقصاص.

وإن لم ينفذ في [٣٧٥/أ] الحال إقراره بما ليس من باب التجارة؛ كإقراره بمهر

مُكَلَّفٌ ....

امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكإقراره بجناية موجبة للمال.. فإنه إنما ينفذ بعد عتقه.

وأما المحجور: فلأنه لو أقر بما لا تهمة فيه؛ كالحدود والقصاص.. ينفذ في الحال.

وإن لم ينفذ في الحال إقراره بما فيه تهمة؛ كإقراره بالأموال.. فإنه إنما ينفذ بعد العتق؛ لزوال المانع.

نظيره: ما مرّ آنفاً: أن الحر لو أقر لآخر بعين في يد رجل، ولا يملكه المقر.. صح، وينفذ بعد زوال المانع، وهذا وإن كان ينزع إلى تخصيص العلة، لكن الملخص معروف في الأصول.

قلت: فعلى ما ذكرناه من صحة إقرار العبيد: لا يكون ذكر الحرية قيداً احترازياً، بل بياناً للواقع، وحكم إقرار العبيد مسكوت عنه.

(مكلف)؛ أي: عاقل بالغ؛ لأن إقرار المجنون والمعتوه والصبي: لا يصح؛ لانعدام أهلية الإلزام، إلا إذا كان الصبي والمعتوه مأذوناً لهما؛ لأنهما بحكم الإذن ملحقان بالعاقل البالغ، فيصح إقرارهما بكل ما يكون طريقه التجارة؛ كالديون والعواري والودائع والمضاربات والغصوب.

بخلاف ما ليس من باب التجارة - كالمهر والجناية والكفالة - لأنها تبرع ابتداء، غير داخل تحت الإذن.

وكذا: يصح إقرار الصبي العاقل بالرِّقِّيَّة، بأن قال: أنا عبد لفلان؛ فإنه يكون صغيراً، حتى لو ادّعى الحرية الأصلية بعد كبره.. لا يقبل قوله بلا حجة. على ما تقدم قبيل دعوى النسب.

والنائم والمغمى عليه: كالمجنون؛ لعدم التمييز.

بِحَقٍّ مَعْلُومٍ أَو مَجْهُولٍ كشيءٍ وَحقٍّ.. صَحَّ ....

والسكران؛ إن كان سكره بطريق محظور.. يصح إقراره مطلقاً؛ لأنه لا ينافي الخطاب، إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع؛ كالحدود الخالصة حقاً لله تعالى.

وإن كان سكره بطريق مباح: كالشرب مكرهاً.. لا يصح إقراره.

وكذا بشرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما، خلافاً لمحمد على ما في «الزيلعي».

(بحق معلوم) مقداره (أو مجهول كشيء وحق)؛ بأن قال: له عليّ حق أو شيء (.. صح) إقراره؛ لأن الحق قد يلزمه مجهولاً؛ بأن يتلف مالاً، أو يجرح جراحة، أو يبقى عليه بقية حساب لا يعرف قيمته، ولا أرشها، ولا قدرها، وهو يحتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء أو التراضي.. فيصح بالضرورة.

بخلاف الشهادة؛ فإنها لا تجوز إلا بالعلم، مع أنها إخبار أيضاً عن ثبوت الحق للمدعي، والحق قد يلزم له [٣٧٥/ب] مجهولاً، والشهادة عليه لا تصح مجهولة، وهذا؛ لأن العلم بالمشهود به ثبت نصاً؛ لقوله ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس.. فاشهد، وإلا.. فدع»، فلا يجوز انتفاؤه، ولأن الشهادة لاتوجب حقاً إلا بالقضاء، ولا يمكن القضاء بالمجهول.

وبخلاف المقر والمقر له؛ فإن الإقرار لا يصح ما لم يكونا معلومين. على ما سبق.

وهل يصح إقراره بالكتابة، أو يلزمه التلفظ بالمشافهة؟

وفيه تفصيل:

قال في إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود.. فهذا على أقسام:

الأول: أن يكتب ولا يقول شيئاً.. [وإنه] لا يكون إقراراً، فلا تحل الشهادة بأنه إقرار.

وَلَزِمَهُ بَيَانُ الْمَجْهُولِ ....

قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد.. حل له الشهادة على إقراره كما أقر كذلك وإن لم يقل اشهد عليّ به.

فعلى هذا: إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: «أما بعد: فلك عليّ كذا».. يكون إقراراً؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر، ويكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس: يشترط أن يكون مُعَنْوَناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب.

الثاني: كتب وقرأ عند الشهود: لهم أن يشهدوا به وإن لم يقل اشهدوا عليّ.

الثالث: أن يقرأ عليه عندهم غيره، فيقول الكاتب: اشهدوا عليّ به.

الرابع: أن يكتب عندهم ويقول: اشهدوا عليّ بما فيه؛ إن علموا ما فيه.. كان إقراراً، وإلا.. فلا.

وذكر القاضي: ادعى عليه مالاً، وأخرج خطّاً وقال: إنه خط المدعى عليه بهذا المال، فأنكر أن يكون خطه، فاستُكتِب، وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد.. لا يحكم عليه بالمال في الصحيح؛ لأنه لا يزيد على أن يقول: هذا خطي وأنا حررته، لكن ليس علي هذا المال، وثمة لا يجب. كذا هنا.

إلا في «يادكار»: الباعة والصراف والسمسار. انتهى.

وفي أحكام الكتابة من «الأشباه»: أنه يعمل بدفتر البياع والصراف والسمسار، فالخط فيه حجة.

(**ولزمه**)؛ أي: المقر (**بيان المجهول**)؛ لأنه مُجْمِل، فإليه البيان للخروج عن العهدة.

حتى لو لم يبين.. أجبره الحاكم على البيان؛ صيانة لحق المقر له.

وإن مات قبل البيان.. يجبر ورثته على البيان، على ما في «البزازية»؛ حيث قال في دعوى النسب والإرث: لو قال: أحد هذين ابني.. صح إقراره ويجبر على البيان،

بِمَا لَهُ قِيمَةٌ،

وبعده [٣٧٦/أ].. يجبر ورثته على البيان، ولا يثبت النسب بإقراره حتى يجتمعوا على أحدهما. انتهى.

واعلم: أنه متى أقر بمجهول، وأطلق ولم يبين السبب.. يصح إقراره ويلزم بيانه، ويحمل على أنه: وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة؛ كالغصب والوديعة؛ لأن الجهالة لا تمنع تحققهما وثبوت حكمهما؛ لأن الإنسان قد يغصب مالاً مجهولاً ويودع مالاً مجهولاً في كيس.

وإن لم يطلق، بل بين السبب.. ينظر؛ فإن بين سبباً لا تضره الجهالة كالغصب والوديعة.. يصح إقراره أيضاً ويلزم بيانه، وإن بيّن سبباً تضره الجهالة كالبيع والإجارة.. لا يصح إقراره ولا يلزم بيانه.

حتى لو أقرَّ أنه باع من فلان شيئاً، أو أجر من فلان شيئاً، أو اشترى من فلان شيئاً.. لا يصح إقراره ولا يجبر على البيان.

ثم لزوم البيان على المقر فيما أمكن، وإلا.. فليطلب البيان من علم آخر.

مثلاً: لو قال: لزيد عليّ ألف ونصف ما لعمرو، ولعمرو ألف إلا نصف ما لزيد، فمات قبل البيان، ولم يكن له وارث معروف يبينه.. فالجواب: أنا فرضنا ما أقرّ لزيد شيئاً، فيكون لعمرو ألف إلا نصف شيء.. فلزيد ألف وخمسمائة إلا ربع شيء: يعدل شيئاً الذي فرضناه لزيد وجبرناه؛ بأن أسقطنا الاستثناء من طرف ذي الاستثناء، وأدرجنا المستثنى - أعني: ربع شيء - في المستثنى منه وزدنا مثله في الطرف الآخر؛ فصار ألفاً وخمسمائة: يعدل شيئاً وربع شيء، ثم قسمنا بسط ألف وخمسمائة - أعني: ستة آلاف - على شيء وربع شيء - أعني: خمسة - يخرج ألف ومائتان.. وهو المقر به لزيد، فيكون لعمرو أربعمائة؛ لأنه أقرّ له بألف إلا نصف ما لزيد؛ فإذا استثني من الألف نصف ما لزيد؛ أعني: ستمائة.. بقي أربعمائة.

(بما له قيمة)؛ لأنه أخبر عما وجب في ذمته.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِن ادّعى الْمقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ.

وَفِي مَالٍ.. لَا يصدَّقُ فِي أقلَّ مِن دِرْهَمٍ.

وَمَالٌ عَظِيمٌ نِصَابٌ مِمَّا بَيَّنَ بِهِ؛ ....

وما لا قيمة له: كحبة حنطة وقطرة ماء، وكالخمر: لا يجب في الذمة؛ فإذا بين بما لا قيمة له.. يكون رجوعاً عن إقراره، وذلك باطل، فيلزمه البيان بما له قيمة.

ولو بين بالصبي أو الزوجة أو بجلد الميتة.. لا يصح.

وقيل: يصح.

والأول: أصح، على ما في «الزيلعي»، وعليه الأكثر، على ما في «البزازية».

وقال فيها أيضاً: لو قال: غصبت منه شيئاً.. صح ويجبر على بيان ما يجري فيه التمانع والتقوم؛ سواء أكان مما يضمن بالغصب، أو لا؛ كالعقار.

ولو بيّن [٣٧٦/ب] بحبة حنطة أو خمر.. لا يصح.

وكذا: لا يصح بيانه بولده أو زوجته؛ لعدم جريان التمانع فيه، ولا التقوم فيه.

(**والقول قوله**)؛ أي: قول المقر (**مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر**) منه - أي: مما أقرّ به المقر - يعني: إذا بين بما له قيمة مما ثبت في الذمة، مكيلاً كان أو موزوناً أو عددياً نحو: كر حنطة أو فلس أو جوزة؛ فإما أن يساعده المقر له أو لا؛ فإن ساعده.. أخذه، وإلا.. فالقول قول المقرمع يمينه؛ لأن المقر له يدعي أكثر منه - وهو منكر - والقول قول المنكر مع يمينه ولو برهن المقر له على الأكثر.. قبلت بينته؛ لأنه مدع، فتقدم بينته.

(**وفي**) قوله: لفلان عليّ (**مال.. لا يصدق في أقل من درهم**) والقياس: قبوله؛ لأنه مال أيضاً إلا أنه ترك القياس بالاستحسان؛ لأن ما دونه من الكسور: لا يطلق عليه اسم المال عادة، والعرف قاض على الحقيقة.

(**و**) في قوله: لفلان عليّ (**مال عظيم**).. لا يصدق في أقل من (**نصاب مما**)؛ أي: من مال (**بين به**)؛ أي: بذلك المال.

فضَّةً أَو غَيرَهَا.

وَمن **الْإِبِلِ**: خمسٍ وَعِشْرينَ.

وَمن **الْبُرِّ**: خَمْسَةِ أَوسُقٍ.

وَمن **غيرِ مَالِ الزَّكَاةِ**: قيمَةُ النَّصابِ.

وأموالٌ عِظَامٌ: ثَلَاثَةُ نُصُبٍ.

(**فضة**)؛ بأن قال: مال عظيم من فضة (**أو غيرها**) كالذهب.. فلا يصدق في الفضة: في أقل من مائتي درهم، وفي الذهب: في أقل من عشرين مثقالاً.

(**و**) لا يصدق فيما بيّن به (**من الإبل**): في أقل من (**خمس وعشرين**)؛ لأنها: النصاب المقدر في وجوب الإبل على المزكي؛ لأن الواجب فيما دونه هو الشاة.

(**ومن البرّ خمسة أوسق**)؛ لأنها : النصاب عندهما.

وذلك؛ لأنه لما وصف المال بالعظم.. فلا يجوز إلغاؤه؛ لأنه صدر عن عقل كامل، فلا بد من أن يبين بما يعد عظيماً عند الناس، والنصاب: عظيم عند الناس؛ لأنه يعد صاحبه غنياً عند الناس، فلا بد من البيان من جنس ما يجب الزكاة فيه.

هذا إذا بين المال العظيم.. بالمال الزكوي.

وأما إذا بينه بغير المال الزكوي.. فأشار إليه بقوله: (**ومن غير مال الزكاة: قيمة النصاب**)؛ أي: لا بد من أن يبيّنه بقيمة النصاب.

ثم هذا قولهما، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وروي عنه أيضاً: أنه لا يصدق في أقل من نصاب السرقة؛ لأنه عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة.

(**و**) في قوله: له عليّ (**أموال عظام**).. لا يصدق في أقل من (**ثلاثة نصب**)؛ أي: من أي نوع سماه من الزكوي وغيره؛ اعتباراً لأدنى الجمع.

ولو قال: عليَّ مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل.. قال الناطفي: لم أجده منصوصاً عليه [٣٧٧/أ]، وكان الجرجاني يقول: يلزمه مائتان.

ودراهمُ: ثَلَاثَةٌ.

ودراهمُ كَثِيرَةٌ: عشرَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: نِصَابٌ.

وَكَذَا درهماً: دِرْهَمٌ.

وَكَذَا كَذَا: أحدَ عشَر.

(و) في قوله: لفلان عليَّ (دراهم) لا يصدق في أقل من (ثلاثة) دراهم. لما ذكرناه.

(ودراهم كثيرة)، وكذا دنانير كثيرة: (عشرة) دراهم أو دنانير، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): لا يصدق في أقل من (نصاب)؛ أي: مائتا درهم أو عشرون مثقالاً؛ لأن في النصاب كثرة؛ حتى يعد صاحبه غنياً مكثراً، فيعمل به، بخلاف ما دونه.

ولأبي حنيفة: أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع؛ يقال: عشرة دراهم، ثم يقال: أحد عشر درهماً.

فيكون العشرة هو الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه، فيصرف إليه من غالب نقد البلد؛ فإن لم يوجد.. فمن وزن سبعة مثاقيل.

ولو قال: ثياب كثيرة.. يلزمه عشرة عنده.

وما يبلغ قيمته مائتي درهم عندهما.

(و) في قوله: لفلان عليّ (كذا درهماً).. لا يصدق في أقل من (درهم)؛ لأنه المتبادر.

(و) في قوله: عليَّ (كذا كذا) درهماً بلا واو.. لا يصدق في أقل من (أحد عشر) درهماً؛ لأنه ذكر عددين مبهمين، وليس بينهما حرف عطف، فيحمل على نظيرهما من الأعداد المفسرة، وأقل عددين يذكران بلا حرف عطف بينهما: «أحد عشر»، فيحمل عليه لتيقنه.

وَإِن ثَلَّثَ.. فَكَذَلِكَ.

وَكَذَا وَكَذَا: أحدٌ وَعِشْرُونَ. وإِنْ ثلث.. زِيْدَ مائَةٌ.

وَإِن رَبَّعَ.. زيدَ أَلفٌ.

(وإن ثلث) لفظة «كذا» بلا حرف عطف (.. فكذلك)؛ أي: لا يصدق في أقل من «أحد عشر» لما ذكرناه.

ولا يزاد عليه؛ لعدم النظير، فتبطل الزيادة.

(و) في قوله: (كذا وكذا) «بالواو».. يجب (أحد وعشرون)، ولا يصدق فيما دونه؛ لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف عطف، وأقل ذلك من المفسر: أحد وعشرون، فيحمل عليه.

(وإن ثلث) بالواو (.. زيد) على أحد وعشرين: (مائة)؛ حملاً له على نظيره من المفسر.

(وإن ربع) بالواو (.. زيد) على مائة وأحد وعشرين: (ألف)؛ حملاً له على نظيره من المفسر أيضاً؛ لأن أقل أعداد ثلاثة يذكر بحرفي عطف: مائة واحد وعشرون، وأقل أعداد أربعة تذكر بثلاثة حروف عطف: ألف ومائة وأحد وعشرون.

ولو خمس «بالواو».. ينبغي أن يزاد عشرة آلاف.

ولو سدس.. يزداد مائة ألف.

ولو سبع.. يزداد ألف ألف.

وعلى هذا: كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو.. زيد عليه ما جرت به العادة إلى ما لا يتناهى.

ولو قال: كذا كذا درهماً وديناراً.. فعليه أحد عشر منهما؛ لأنه ذكر عدداً مبهماً وأشرك فيه جنسين من المال، فلزمه النصف من كل واحد منهما؛ حملاً له على المفسر؛ فإنه إذا قال: عليَّ أحد عشر درهماً وديناراً.. لزمه من كل واحد منهما [٣٧٧/ب] النصف.

وَكَذَا كلُّ مَكِيلٍ ومَوْزُون.

وبشِرْكٍ فِي عبدٍ.. فَهُوَ نصفٌ عِنْد أبي يُوسُف، وَعندَ مُحَمَّد: يُؤمرُ بِالْبَيَانِ.

(**وكذا كل مكيل وموزون**)، حتى لو قال له: عليّ حنطة كثيرة.. فعندهما: لا يصدق في أقل من خمسة أوسق؛ لأنه هو النصاب عندهما.

ولو قال: له عليّ زعفران كثير.. لا يصدق في أقل من خمسة أمناء عندهما؛ لأنه هو النصاب فيه.

وكذا الإقرار بالغصب في جميع ما ذكر، حتى لو قال: غصبت من فلان إبلاً كثيراً، أو غنماً كثيراً، أو حنطة كثيرة، أو بقراً كثيراً.. ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو: خمسة وعشرون من الإبل، وأربعون من الغنم، وثلاثون من البقر، وخمسة أوسق من الحنطة عندهما.

وعند أبي حنيفة: يرجع إلى بيان المقر. كذا في «الزيلعي».

وهذا كله: إذا ذكر الدرهم منصوباً، وإن ذكره مجروراً؛ بأن قال: كذا درهم بالجر.. فعن محمد: أنه على مائة درهم؛ لأن أقل عدد يذكر الدرهم عقيبه بالجر «مائة».

ولو قال: عليَّ غير ألف.. فعن محمد: أنه ألفان.

ولو قال: غير الألفين.. أنه أربعة آلاف.

ولو قال: له على دريهم بالتصغير.. فعليه درهم تام؛ لأن التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال، فلا ينقص عن الوزن، والمعتبر: هو الوزن المعتاد.

(**وبشرك في عبد**)؛ أي: إذا قال: له شرك في هذا العبد (**.. فهو نصف عند أبي يوسف**)؛ لأن الشرك يطلق ويراد به الشركة لغة.

ولو قال: له شركة في هذا العبد.. كان إقراراً بالنصف. فكذا هذا.

(**وعند محمد: يؤمر بالبيان**)؛ لأن الشرك قد يراد به: النصيب، وقد يراد به: الشركة، فكان مجملاً، فالبيان إلى المُجمِل.

وَقَولُه: علي أَو قِبَلَي: إِقْرَارٌ بدينٍ.
فإِنْ وَصَلَ بِهِ «هُوَ وَدِيعَةٌ».. صُدِّقَ.
وإِنْ فصلَ.. لَا.
وَعِنْدِي، أَو معي، أَو فِي بَيْتِي، أَو صندوقي، أَو كيسي: إِقْرَارٌ بأمانةٍ.

(**وقوله: له عليَّ أو قبلي.. إقرار بدين**)؛ لأن عليّ: للإيجاب، وقبلي: ينبئ عن الضمان. كذا في «الكفاية».

(**فإن وصل به**)؛ أي: بهذا القول (**«هو وديعة»**)؛ أي: قاله بلا تراخ (**.. صدق**)؛ لأن اللفظ يحتمله مجازاً؛ لأن المودَع يجب عليه حفظه والمال محله، فقد ذكر المحل وأراد الحال مجازاً، فيصح موصولاً.

(**وإن فصل.. لا**) يصدق؛ لأنه تقرر حكم اللفظ بالسكوت، والحقيقة هو الأصل، فلا تتغير بعده كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط.

(**وعندي، أو معي، أو في بيتي، أو صندوقي، أو كيسي: إقرار بأمانة**)؛ لأن هذه المواضع: محال للعين لا للدين؛ إذ الدين محله الذمة، والعين تحتمل أن تكون مضمونة وأمانة، والأمانة أدناهما، فيحمل عليها المتيقن.

بخلاف ما [٣٧٨/أ] إذا قال: له قبلي مائة دراهم دين وديعة أو وديعة دين.. حيث يحمل على الدين لا على الأمانة؛ لأنه ذكر لفظين: أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة، والجمع بينهما غير ممكن، ولا يجوز إهمالهما، وحمل الدين على الوديعة حمل الأعلى الأدنى، فلا يجوز، فتعين العكس.

قال في «قاضي خان»: رجل قال في صحته: جميع ما هو داخل في منزلي لامرأتي هذه، ثم مات.. صح إقراره قضاء؛ فإن علمت المرأة بسبب من أسباب الملك من بيع أو هبة.. كان لها ذلك، وإلا.. فبنفس الإقرار لا تملك.

ولو قال: جميع ما يعرف مني، أو جميع ما ينسب إليّ، فهو لفلان.. قال أبو بكر الإسكاف: هذا إقرار.

وَلَو قَالَ لمن ادّعى عَلَيْهِ أَلفاً: اتّزِنْها، أَو انتقِدْها، أَو أجِّلْني بهَا، أَو قد قضيتُكَها، أَو أَبرأْتَني مِنْهَا، أَو وهبتَها لي، أَو تَصَدَّقتَ بهَا عَليّ، أَو أحلتُكَ بهَا.. فقد أقرَّ، وَبلا ضمير.. لَا.

وكذا: لو قال: جميع ما في بيتي لفلان.. فهو إقرار.

ولو أقر لا نبته في صحته بجميع ما في منزله: من الفرش والأواني وغير ذلك مما يقع عليه الملك من صنوف الأموال كلها، وله في الرستاق دواب وغلمان وهو ساكن في البلد.. قال الإسكاف: إقراره يقع على ما في منزله الذي هو ساكن فيه في البلد، وعلى ما كان يبعث من الدواب إلى الباقورة بالنهار، ويرجع إلى وطنه الذي أقر بقماشه لابنته، وكذلك عبيده الذي يخرجون في حوائجه نهاراً ويأوون إلى منزله ليلاً.. فهم داخلون في الإقرار. انتهى. وهكذا في «الخلاصة».

(**ولو قال لمن ادعى عليه ألفاً: اتزنها**) أمر من الوزن، (**أو انتقدها**): أمر من النقد، (**أو أجلني**): أمر من التأجيل (**بها**)، أي: بالألف (**أو قد قضيتكها**) بصيغة التكلم، (**أو أبرأتني منها، أو وهبتها لي، أو تصدقت بها عليَّ، أو أحلتك بها**) من الإحالة بصيغة التكلم، والضمائر كلها راجعة إلى الألف (**فقد أقر، وبلا ضمير.. لا**)؛ لأن الضمير كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك، فصار كأنه أعاد المدعى وهو وجوب ألف عليه، فيكون إقراراً بها.

بخلاف ما إذا لم يكن فيه «الألف»؛ لأنه لا دليل على انصرافه إلى المذكور، فيكون كلاماً مبتدأ، فلا يلزمه شيء؛ وذلك لأن اللفظ الذي ورد بعد السؤال؛ إما أن يصلح جواباً له فقط، أو يصلح الابتداء به فقط، أو يصلح لهما.

فعلى الأول: يحمل على الجواب.

وعلى الأخيرين: يحمل على الابتداء.

فبذكر الضمير: يصلح جواباً، فيحمل عليه، وبعدم ذكره: لا يصلح جواباً.

فإما أن يصلح الابتداء فقط أو كلاهما معاً.

وَلَو أقرَّ بدَينٍ مُؤَجَّلٍ وَقَالَ الْمَقُر لَهُ هُوَ حَالٌّ.. لزمَه حَالّاً، وَحُلِّفَ الْمقَرُّ لَهُ على الْأَجَلِ.

وَلَو قَالَ: عَليّ مائَةُ دِرْهَمٍ.. فَالْكُلُّ دَرَاهِم:

وَكَذَا كلُّ مَا يُكَالُ أَو يُوزن.

وَلَو قَالَ: مائَةٌ وثوبٌ، أَو مائَةٌ وثوبان.. لزمَه تَفْسِيرُ الْمِائَةِ.

وعلى التقديرين: يحمل على الابتداء [٣٧٨/ب]، فلا يلزمه شيء؛ فكأنه قال: صر وزانا للناس ونقاداً لهم واترك الدعاوى الباطلة.

(**ولو أقر بدين مؤجل، وقال المقر له: هو حال.. لزمه حالاً**)؛ لأنه أقر بحقٍ على نفسه وادعى حقاً على المقر له، فإقراره على نفسه: حجة، ولا تقبل دعواه على الغير بلا حجة؛ كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة منه.. فإنه يقبل إقراره له، ولا تسمع دعواه بلا حجة.

بخلاف ما إذا أقر بدراهم سود.. فإنه يصدق؛ لأن السواد صفة في الدراهم، فتلزم على الصفة التي أقر بها.

بخلاف الأجل؛ فإنه عارض لا يثبت بنفس العقد، بل بالشرط.. فالقول فيه للمنكر مع يمينه.

ولذا قال: (**وحلف المقر له على الأجل**)؛ لكونه منكراً.

(**ولو قال: عليَّ مائة درهم.. فالكل دراهم**)، فيلزمه مائة درهم.

(**وكذا كل ما يكال أو يوزن**)؛ فلو قال: عليّ مائة وقفيز حنطة أو مائة من زعفران.. فالكل حنطة وزعفران، فيلزمه مائة قفيز وقفيز ومائة مَنٍّ ومَنٌّ.

ولو قال: مائة دينار.. فالكل دينار.

(**ولو قال: مائة وثوب، أو مائة وثوبان.. لزمه تفسير المائة**).

وكذا لو قال: مائة وشاة.. لزمه شاة واحدة، ويرجع في تفسير المائة إليه، ولا تفسير لها ههنا؛ لأن الدرهم وغيره من المقدرات المذكورة معطوف عليها بالواو،

وإِنْ قَالَ: مائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثوَابٍ.. فَالْكلُّ ثِيَابٌ.

فلا تكون تفسيراً؛ لأن العطف يقتضي المغايرة، فبقيت المائة على إبهامها، فيرجع في تفسيرها إلى المُجمِل كما في الفصل الثاني.

ووجه الاستحسان: أنهم يستثقلون تكرار الدرهم، ويكتفون بذكره مرة عقيب عددين عطف أحدهما على الآخر، ويقولون: أحد وعشرون درهماً، ولا يذكرون لكل من المعطوف والمعطوف عليه تمييزاً؛ للاستثقال، والاستثقال إنما يكون فيما يكثر استعماله، وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه، وذلك فيما يثبت في الذمة: كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعددي المتقارب لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالاً ومؤجلة، ويجوز الاستقراض بها.

بخلاف غيرها؛ فإن الثوب لا يثبت ديناً في الذمة إلا بطريق السلم.

والشاة: لا تثبت ديناً في الذمة أصلاً، فلم تكثر كثرتها، فبقيت على الأصل؛ وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل؛ لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، ولا ضرورة [٣٧٩/أ] ههنا.

(**وإن قال: مائة وثلاثة أثواب.. فالكل ثياب**) بالاتفاق؛ لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً؛ إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف.. فانصرف إلى المذكورين جميعاً؛ لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير.

وذكر في «النهاية» عن أبي يوسف في قوله: مائة وثوب.. أن الكل ثياب.

وفي قوله: مائة وشاة.. أن الكل شاة؛ كما في قوله: مائة وثلاثة أثواب.

ووجهه: أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد.. فإنهم لا يقسمون قسمة واحدة، وما يقسم قسمة واحدة: يتحقق في أعداده المتجانسة، فيمكن أن يجعل المفسَّر منه: تفسيراً للمبهم. وهو ضعيف؛ لأنهم قالوا: إن العبيد يقسمون كالغنم عندهما.

ولا يقسمون عند أبي حنيفة.

وَلَو أقرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرة.. لزماهُ.
أَو بِخَاتَمٍ.. لزمَه الْحلقَةُ والفصُّ.
أَو سيفٍ.. فالنصلُ والجَفنُ والحمائلُ.
أَو بحَجَلةٍ.. فالكِسوةُ والعيدانِ.
وإِنْ بِدَابَّةٍ فِي إِصطبلٍ.. لزمَه الدَّابَّةُ فَقَط.

ولو قال: لفلان عليَّ نصف دينار ودرهم وثوب.. فعليه نصف كل واحد منها. كذا في «الزيلعي».

(ولو أقر بتمر في قوصرة)؛ بأن قال: غصبت تمراً له في قوصرة؛ على ما فسره في «الأصل»: القوصرة - بتشديد الراء وتخفيفها -: وعاء التمر يتخذ من قصب.. **لزماه)**؛ لأن غصب الظروف بدون الظرف لا يتصور.

بخلاف ما إذا قال: غصبت تمراً من قوصرة؛ لأن كلمة «من» للانتزاع، فيكون إقراراً لغصب المنزوع.

(أو) أقر **(بخاتم.. لزمه الحلقة والفص)**؛ لأن اسم الخاتم يشملهما.

(أو سيف.. فالنصل)؛ أي: الحديدة **(والجفن)** - بالجيم ثم الفاء -: هو الغمد **(والحمائل)** جمع حمالة - بكسر الحاء -: علاقة السيف؛ لأن الاسم أيضاً ينطلق على الكل.

(أو بحجلة) - بفتح الحاء والجيم -: ستر العروس في جوف البيت. على ما في «المغرب».

وفي «الصحاح»: بيت يزين بالثياب والأسترة.

ويناسبه قوله: **(فالكسوة والعيدان)**: جمع عود؛ كالديدان: جمع دود، والأصل فيه: ما ذكرناه أيضاً.

(وإن) أقر **(بدابة في إصطبل.. لزمه الدابة فقط)**.

وكذا إذا قال: غصبت منه طعاماً في بيت.. لزمه الطعام فقط عند أبي حنيفة

وبثوبٍ فِي منديلٍ.. لزماه.

وَكَذَا بِثَوْبٍ فِي ثوبٍ.

وإِنْ بِثَوْبٍ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ.. لزمَهُ ثوبٌ وَاحِدٌ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، وَأَحدَ عشرَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَلَو قَالَ: عَلَيّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ.. لزمَهُ خَمْسَةٌ، ....

وأبي يوسف؛ لأن الدابة والطعام: يدخلان في ضمانه بالغصب، والإصطبل والبيت: لا يدخلان عندهما؛ لأن العقار لا ينقل، والغصب الموجب للضمان.. لا يكون إلا بالنقل والتحويل.

وقال محمد: يدخلان في ضمانه أيضاً؛ لأنه يرى بغصب العقار.

(وبثوب في منديل.. لزماه.

وكذا بثوب في ثوب).

وكذا لو أقر طعاماً في سفينة أو حنطة [٣٧٩/ب] في جوالق.. لزماه؛ لما ذكرناه: أن المظروف لا ينقل بدون الظرف، بخلافه من سفينة أو من جوالق؛ لما ذكرناه.

(وإن) أقر **(بثوب في عشرة أثواب.. لزمه ثوب واحد عند أبي يوسف وأحد عشر عند محمد)**؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب، فأمكن حمله على الظرف.

ولأبي يوسف: أن كلمة «في» تستعمل في البين والوسط أيضاً، فوقع الشك في كونها للظرف أو للبين، والمال: لا يثبت بالشك، والأصل: براءة الذمة، على أن كل ثوب موعى، وليس بوعاء.. فلا يتحقق أن يكون ظرفاً إلا الثوب الذي هو ظاهر، فتعذر حمله على الظرف، فتعين الحمل على البين، فلغا آخر كلامه.. فتعين أوله وهو الثوب.

(ولو قال: عليَّ خمسة في خمسة.. لزمه خمسة)؛ لأن الحقيقة - وهي: الظرفية - متعذرة؛ لعدم جريانه في نحو: عليَّ درهم؛ إذ لا يصلح الدرهم للظرفية، ولا يصار

وإِنْ نوى الضَّرْبَ.

وبنيَّةِ «مَعَ».. لزمَ عشرَةٌ.

وَفِي قَوْله.. عَليَّ مِن دِرْهَمٍ إِلَى عشرَةٍ، أَو مَا بَينَ دِرْهَمٍ إِلَى عشرَةٍ.. يلْزمُهُ تِسْعَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: عشرَةٌ.

إلى المجاز أيضاً لتعذره؛ لأنها قد تجيء بمعنى: «الواو» وبمعنى: «مع» لعلاقة الجمعية، وبمعنى «على» أيضاً نحو: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ فإذا تعذرت الحقيقة ولا يصار إلى المجاز.. صار لغوا، فلزم ما ذكر أولاً وهو الخمسة؛ كما في: عليَّ درهم في درهم؛ لأن الثاني: لغو فيه أيضاً.

(وإن) وصلية (نوى الضرب) لتكثير الأجزاء؛ لإزالة الكسر لا لزيادة المال.. فلا أثر له في النية في الزيادة.

وعن الحسن: أنه يلزمه خمسة وعشرون. وقد مر مثله في الطلاق.

(وبنية «مع» لزم عشرة)؛ لأن اللفظ يحتمله ولو مجازاً. على ما ذكرناه.

فإذا نوى محتمل كلامه.. صحت نيته، لا سيما: إذا كان تشديداً على نفسه.

(وفي قوله: عليَّ من درهم إلى عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة.. يلزمه تسعة. وعندهما:) يلزم **(عشرة)**.

وقال زفر: يلزمه ثمانية، وهو القياس؛ لأنه جعل الطرفين حداً، والحد لا يدخل تحت المحدود؛ كما إذا قال: لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين.

ولهما: أن الحدين: لا بد أن يكونا موجودين في المحدود؛ إذ المعدوم: لا يكون غاية للموجود، فيدخلان في المحدود.

ولأبي حنيفة: أن الحد غير المحدود، فلا تدخل الغاية تحت المغيّا، إلا أن الغاية الأولى لما توقف عليها تحقُّقُ الثاني والثالثِ.. اعتبر دخولها، فلزمه تسعة.

وَإِن قَالَ: «لَهُ من دَاري مَا بَين هَذَا الْجِدَارِ إِلَى هَذَا الْجِدَارِ».. فَلَهُ مَا بَينهمَا فَقَط.

وَصَحَّ الْإِقْرَارُ بِالْحَملِ، وَحُمِلَ على الْوَصِيَّة من غَيره.

وللحملِ إِنْ بيَّنَ سَبباً صَالحاً كإرثٍ أَو وَصِيَّةٍ؛ فإِنْ ولدَتْ حَيّاً لأَقلَّ من نصفِ حولٍ مُذْ أقرَّ.. فَلهُ مَا أقرَّ بِهِ.

(**وإن قال: له من داري ما بين هذا** [٣٨٠/أ] **الجدار إلى هذا الجدار.. فله ما بينهما فقط**) بالاتفاق؛ لخروج الغاتيين ههنا بالاتفاق؛ لأن ما بينهما محسوس موجود.. فلا حاجة إلى اعتبار دخول الطرفين.

(**وصح الإقرار بالحمل**)؛ أي: حمل شاته أو جاريته بلا اشتراط بيان السبب الصالح له؛ كما اشترط في الإقرار للحمل. كما سيصرح به.

(**وحُمِل**)؛ أي: الإقرار بالحمل (**على الوصية من غيره**)؛ بأن أوصى رجل بحمل جاريته لرجل، ومات الموصي، وأقر وارثه، فورث الجارية عالماً بوصية مورثه، فأقر: بأن هذا الحمل لفلان؛ أي: للموصى له.. صح بالإجماع، وإذا صح ذلك.. وجب حمل الإقرار عليه؛ لأن الحمل وحده لا يملك إلا بالوصية، فتعينت سبباً.

(**و**) صح الإقرار (**للحمل**) أيضاً؛ بأن قال: لحمل فلانة عليَّ ألف درهم مثلاً، وهذه المسألة على ثلاث صور؛ لأنه: إما أن يبين سبباً صالحاً، أو سبباً غير صالح، أو لم يبين سبباً أصلاً.

- **فأشار إلى الأول بقوله**: (**إن بين سبباً صالحاً؛ كإرثٍ أو وصية**)؛ بأن قال: مات أبوه فورثه، أو أوصى له فلان؛ لأن كلاً من الإرث والوصية سبب لو عايناه.. حكمنا به، فكذلك بإقراره.

ثم إذا وجد السبب الصالح.. فلا بد من وجود المقر له عند الإقرار.

(**فإن ولدت**) الحمل المقر له بسبب صالح (**حياً لأقل من نصف حول منذ أقر.. فله ما أقر به**)؛ لأن إقراره لما كان صحيحاً والمقر له موجوداً وقت إقراره.. لزمه ما أقر به بالضرورة.

وإِنْ حيّينِ.. فَلَهُمَا.
وإِنْ مَيتاً.. فللموصي والمورّثِ:
وإِنْ فسَّرَ بِبيعٍ أَو إِقراضٍ أَو أَبهَمَ الْإِقْرَارَ.. يكونُ لَغواً.

وكذا.. لزمه ما أقر به لو ولدت لأكثر من نصف حول إلى سنتين وهي معتدة؛ لتيقن وجود المقر له وقت الإقرار في هاتين الصورتين.

بخلاف ما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة.. فإنه لم يلزمه ذلك؛ لعدم تيقن وجود المقر له وقت الإقرار. كذا في «العناية».

(وإن) ولدت **(حيين.. فلهما)** نصفين إن كانا ذكرين أو أنثيين.

وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى.. ففي الوصية: كذلك.

وفي الميراث: للذكر مثل حظ الأنثيين.

(وإن) ولدت **(ميتاً.. فللموصي والمورث)**.

يقسم المال بين ورثة المورث والموصي؛ لأن هذا الإقرار في الحقيقة: كان لهما، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة، ولم ينتقل.

• **وأشار إلى بيان الثاني بقوله: (وإن فسر)** السبب **(ببيع أو إقراض)**؛ بأن قال: بايعته الحمل وأقرضته.

• **وأشار إلى الثالث بقوله: (أو أبهم لإقرار.. يكون لغواً)**؛ أي: في الثاني والثالث.

أما في الثاني: فلأنه بيّن سبباً غير صالح [٣٨٠/ب]؛ لأن البيع والإقراض لا يتصوران من الحمل أصلاً، فكان كذباً محضاً، فلا يجوز بالإجماع.

واعترض عليه: بمسألة ذكرها في كتاب الحيل من «التاتارخانية»: لو أقر أن لهذا الصغير عليّ ألف درهم قرض أُقرِضْتُه أو من ثمن مبيع بايعته.. صح الإقرار، مع أن الصبي ليس من أهل البيع والقرض، لكن إنما يصح باعتبار أن هذا القرض والبيع محل لثبوت الدين للصغير عليه بالجملة. انتهى.

وإِنْ أقرّ بِشَرْطِ الْخِيَارِ.. لزمَهُ المَالُ وَبَطلَ الشَّرْطُ.

وهكذا ذكره في إقرار «الأشباه» أيضاً.

وذكر من قبيل هذا أيضاً: أن الإقرار بشيء محال حساً أو شرعاً.. باطل؛ كما لو أقر بأرش يده التي قطعها، ويداه صحيحتان.

وكما لو أقر لوارث قدراً من السهام أزيد من الفريضة الشرعية؛ لأنه محال شرعاً.

قال: ولكن: لا بد من كونه محالاً من كل وجه، وإلا.. فينتقض بمسألة «التاتارخانية» التي ذكرناها؛ لأن الإقرار فيها صحيح؛ لعدم كونه محالاً من كل وجه.

وأما في الثالث: ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد.

فقال أبو يوسف: إنه لغو؛ لأن لجوازه طريقين: الإرث والوصية، وليس أحدهما أولى من الآخر.. فيلغو.

وقال محمد: إنه يصح؛ لأن الإقرار حجة موجبة، فيجب إعماله ما أمكن، وقد أمكن حمله على السبب الصالح؛ لأنه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به، فلا يصار إلى الإلغاء؛ كما في العبد المأذون له إذا أقر بدين.. فإن إقراره - وإن احتمل الفساد: بأن كان صِدَاقاً أو دين كفالة، والصحة: بأن كان دين التجارة - كان صحيحاً؛ تصحيحاً لكلام العاقل.

(**وإن أقر بشرط الخيار**)؛ بأن قال: لفلان عليّ ألف درهم؛ قرض أو غصب أو وديعة أو عارية فائتة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام (.. **لزمه المال**)؛ لأن الإقرار: حجة ملزمة، وقد وجد.

(**وبطل الشرط**)؛ لأن الخيار للفسخ، والإقرار إخبار لا تمليك - على ما تقدم بيانه - والإخبار لا يحتمل الفسخ؛ لأن الخبر؛ إن كان صادقاً.. فهو واجب العمل به، فلا معتبر باختياره وعدم اختياره.

وإن كان كاذباً.. فهو واجباً لرد لم يتغير باختياره، وعدم اختياره، فتعين الإلغاء. وإنما تأثيره في العقود؛ ليغير به صفة العقد، ويتخير به بين فسخه وإمضائه.

* * *

(بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ)

صَحَّ استِثناءُ بعضِ مَا أَقرَّ بِهِ لَو مُتَّصِلاً، وَلَزِمَه بَاقِيه.

(بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ)

لما ذكر موجب الإقرار بلا مغير.. شرع في بيان موجبه مع المغير - وهو: الاستثناء - وما في معناه [٣٨١/أ] وهو الشرط.

(**صح استثناء بعض ما أقر به**)؛ قليلاً كان البعض المستثنى أو كثيراً، صحيحاً أو كسراً؛ حتى لو قال: عليّ لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ثلث ما لزيد.. صحّ، فلزيد تسعة ولعمرو ثمانية؛ لأنا فرضنا ما لزيد شيئاً.. فلعمرو عشرة إلا ثلث شيء، فلزيد خمسة إلا سدس شيء يعدل شيئاً، فبعد إسقاط المشترك - وهو سدس شيء من الطرفين - يبقى خمسة يعدل خمسة أسداس شيء، فاقسم بسط الأول وهو ثلاثون الحاصل بضرب الخمسة في مخرج الكسر - أعني: الستة - على بسط الثاني وهو خمسة، وهو صورة الكسر.. خرج ستة: فهي لزيد.

وفي معرفة ما لعمرو: فأفرض ما له شيئاً.. فلزيد عشرة إلا نصف شيء، فلعمرو ستة وثلثان إلا سدس يعدل شيئاً، فبعد إسقاط المشترك لستة وثلثاً يعدل خمسة أسداس شيء، فاقسم حاصل المقسوم - وهو أربعون - على حاصل المقسوم عليه - وهو خمسة - يخرج ثمانية.

(**لو**) كان الاستثناء (**متصلاً**) بإقراره؛ لأنه بيان تغيير، فلا يجوز تأخيره عن وقته. وهو قول العامة.

وقال ابن عباس: يجوز التأخير عنه.

(**ولزمه باقيه**)؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثُّنْيا؛ حتى لو قال: له عليّ عشرة إلا درهماً.. لزمه التسعة؛ **إما** لأن «العشرة» مجاز عن التسعة، و«إلا درهماً» قرينة له.

وإما؛ لأن المراد بعشرة: عشرة أفراد، فيتناول التسعة والدرهم معاً، ثم أخرج

وَبَطَلَ استِثناءُ الْكُلِّ.

منها درهم فبقيت تسعة، ثم أسند الحكم إلى العشرة المخرجة عنها درهم، فلم يقع الإسناد إلا على التسعة.

وإما؛ لأن مجموع عشرة إلا درهماً موضوع بإزاء تسعة؛ حتى كأنه وضع لهما اسمان: أحدهما تسعة، والآخر عشرة إلا درهم، على ما بين في الأصول.

(**وبطل استثناء الكل**) اتفاقاً؛ لما مر: أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، ولا باقي في استثناء الكل، فيكون رجوعاً، والرجوع عن الإقرار باطل؛ موصولاً أو مفصولاً، فلزمه جميع ما أقر به، وبطل استثناؤه.

وقال أصحابنا: هذا إذا كان الاستثناء بعين لفظه الأول أو بمساويه؛ نحو: عبيدي أحرار أو إلا عبيدي، أو إلا مماليكي.

وأما لو استثنى بلفظ يكون أخص من الأول في المفهوم.. يجوز.

ولو كان مساوياً له في الوجود [٣٨١/ب]؛ نحو: عبيدي أحرار إلا هؤلاء، ولا عبيد له سوى المعدود، ونحو نسائي طوالق إلا هؤلاء: زينب طلحة وسعاد، ولا نساء له غيرهن؛ لأن كونه استثناء كل؛ لضرورة عدم ملكه سواه، لا لأمر يرجع إلى اللفظ، فبالنظر إلى ذات اللفظ.. أمكن أن يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج، فلا يضره.

بخلاف ما إذا كان بعين لفظ الأول؛ فإنه لم يمكن جعله تكلماً بالباقي بعد الثنيا بالنظر إلى اللفظ أيضاً.

فإن قيل: هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى بالكلية.

قلنا: إن الاستثناء تصرف لفظي يرجح على جانب المعنى، ألا ترى: أنه إذا قال: أنت طالق ست تطليقات إلا أربعاً.. صح الاستثناء ووقع طلقتان وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا: لا يجعل كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً؛ اعتباراً بجانب اللفظ.

وَإِن أَقَرَّ بشيئَينِ وَاسْتثنَى أَحدَهمَا، أَو أَحدَهمَا وَبَعضَ الآخرِ.. بَطلَ اسْتِثْنَاؤُهُ، خلافًا لَهما.

وَإِن اسْتثْنى بعضَ أَحدِهِمَا أَو بعضَ كلِّ مِنْهُمَا.. صَحَّ اتِّفَاقًا.

وَلَو اسْتثْنى كيلياً أَو وزنياً أَو عدديًا متقاربًا من دَرَاهِمَ.. صَحَّ بِالْقيمَةِ، خلافًا لمُحَمدٍ.

(**وإن أقرَّ بشيئين**)؛ بأن قال: له عليّ كرّ حنطة وكرّ شعير (**واستثنى أحدهما**)؛ بأن قال: إلا كرّ حنطة، أو إلا كرّ شعير.

(**أو**) استثنى (**أحدهما وبعض الآخر**)؛ بأن قال: إلّا كرّ حنطة وقفيز شعير (**..بطل استثناؤه**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ أي: في استثناء أحدهما وبعض الآخر؛ لأن قوله: «له عليّ كرّ حنطة وكرّ شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير» كلام متصل؛ لأن قوله: «إلا كرّ حنطة» استثناء صحيح لفظاً، إلا أنه غير مفيد؛ فإذا كان كلاماً متصلاً.. كان استثناء القفيز متصلاً لما قبله، فيصح ويفيد.

ولأبي حنيفة: أن استثناء الكل: باطل بالإجماع، فكان قوله: «إلا كر حنطة»: لغواً، فكان قاطعاً لما قبله، فيكون الاستثناء منقطعاً.

(**وإن استثنى بعض أحدهما**)؛ بأن قال: إلا قفيز حنطة (**أو بعض كل منهما**)؛ بأن قال: إلا قفيز حنطة وقفيز شعير (**.. صح اتفاقاً**)؛ لأن قوله: «إلا قفيز حنطة» استثناء صحيح مفيد.. فلا يكون قاطعاً، فيصح العطف عليه، فيلزمه كر حنطة وكر شعير إلا قفيز حنطة وقفيز شعير.

(**ولو استثنى: كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً من دراهم.. صح بالقيمة**)؛ يعني: لو قال: له عليّ مائة درهم إلا قفيز حنطة، أو إلا ديناراً أو إلا فلوساً.. لزمه مائة إلا قيمة القفيز والدينار والفلوس عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي.

(**خلافاً لمحمد**)، وزفر معه.

وَلَو اسْتَثْنى مِنْهَا شاةً أَو ثوباً أَو دَاراً.. بطل اتفاقاً.

وَمن وَصَلَ بِإِقْرَارِهِ: «إِنْ شَاءَ اللهُ»: بَطلَ إِقْرَارُهُ.

وَكَذَا إِنْ علّقَهُ بِمَشِيئَةِ مَن لَا تُعرفُ مَشِيئَتُه كالملائكةِ وَالْجِنّ.

(ولو استثنى منها)؛ أي: من دراهم (شاةً [٣٨٢/أ] أو ثوباً أو داراً.. بطل اتفاقاً) بين أصحابنا.

وقال الشافعي: يصح في الفصلين - أي: في المثليّ والقيميّ - لأن شرط الاستثناء عنده: اتحاد الجنس على الأصح، وهو موجود في الفصلين من حيث المالية، فانتفى المانع مع وجود المقتضي - وهو التصرف اللفظي - فيصح.

ولمحمد: أن الاستثناء: إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام، على معنى: أنه لولاه.. لدخل المستثنى تحت اللفظ، وذلك لا يتصور في خلاف الجنس؛ لعدم دخوله تحت اللفظ، ولا جنسية بين القيمي والمثلي، فبطل استثناء أحدهما عن الآخر، والمالية غير معتبرة في الجنسية.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن القياس: ما قاله محمد في الفصل الأول أيضاً؛ لعدم الجنسية بين الدراهم وبين الكيلي والوزني والعددي، إلا أنا استحسنا فيها؛ لأنها جنس واحد من حيث المعنى؛ من أنها تثبت حالاً ومؤجلاً في الذمة.

ويجوز استقراضها وإن اختلفت صورها.

والحاصل: أن المكيلات والموزونات والعدديات: تجانس الدرهم في أخص أوصافها - أعني: الثمنية - فتكون جنساً واحداً، فيصح استثناؤها منه باعتبار المعنى.

بخلاف القيمي؛ إذ لا جنسية بينه وبين المثلي أصلاً، والمالية غير معتبرة في الجنسية، بل المعتبر فيها أخص الأوصاف، والمالية ليست كذلك.

(ومن وصل بإقراره: «إن شاء الله».. بطل إقراره.

وكذا: إن علقه بمشيئة) وقدرة (من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن)؛ لأن الاستثناء بمشيئة من لا تعرف مشيئته؛ إما إبطال، أو تعليق - على ما عرف في تعليق

وَلَو أَقرَّ بدارٍ وَاسْتثنى بناءَها.. كَانَا للْمقَرِّ لَهُ.

الطلاق - وعلى التقديرين: لم يلزمه الإقرار.

لأنه على الأول: قد أبطل الإقرار.

وأما على الثاني: فلأن الإقرار إخبار عما سبق، فلا يحتمل التعليق بالشرط؛ لأنه إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل، أو لأنه شرط لا يوقف عليه، والتعليق به غير صحيح. على ما تقدم في تعليق الطلاق.

بخلاف نحو ما إذا قال: لفلان عليّ مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر أو الأضحى أو أفطر الناس.. فإنه تلزمه المائة؛ مات أو عاش، جاء رأس الشهر أو لا، أفطر الناس أو لا؛ لأنه ليس بتعليق، بل بيان المدة، فيكون ذلك منذ دعوى الأجل إلى الوقت المذكور.

حتى لو كذبه المقر له في الأجل [٣٨٢/ب].. كان المال حالاً عندنا. كذا في «العناية».

قلت: وكذا يكون المال حالاً لو سكت المقر له ولم يكذبه.

وذكر الشارح الزيلعي ههنا تفصيلاً ذكرناه وما يرد عليه قبيل كتاب الصرف. فارجع إليه.

(**ولو أقر بدار واستثنى**) منها (**بناءها.. كانا للمقر له**)؛ لأن البناء لم يتناوله الدار مقصوداً.

حتى لو استحق البناء قبل القبض.. لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يخير المشتري.

وإذا لم يتناوله مقصوداً.. لم يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء لبيان أن المستثنى من متناول لفظ المستثنى منه مقصوداً، ولم يدخل تحت حكمه.

بخلاف ما إذا قال: هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها.. فإنه كما قال؛ لأن

وَلَو قَالَ: بناؤُها لي، والعَرَصَةُ لَهُ.. كَانَ كَمَا قَالَ.

وفَصُّ الْخَاتمِ، ونخلُ الْبُسْتَانِ كبنائِها.

ذلك داخل فيه لفظاً ومقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار.. تسقط حصته من الثمن.

(ولو قال: بناؤها لي والعرصة له.. كان كما قال)؛ لأن العرصة: عبارة عن بقعة لا بناء فيها؛ فكأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان، والبناء لا يتبعه.

بخلاف ما إذا قال: بناء هذه الدار لي والأرض لفلان.. حيث كانا للمقر له؛ لأن الإقرار بالأرض لأصالتها إقرار بالبناء؛ كالإقرار بالدار.

وكذا لو قال: هذه الدار له، وهذا البيت منه لي.. كانا للمقر له؛ لأنه أقر بكلها ثم ادعى شيئاً منها، فلا يصدق إلا بحجة.

(وفص الخاتم ونخل البستان: كبنائها) في كونها داخلة تبعاً لا لفظاً ومقصوداً، فيلزمه الفص والنخل: بإقرار الخاتم والبستان.

وجنس هذه المسائل تخرج على أصلين:

أحدهما: أن الإقرار بعد الدعوى: صحيح دون العكس.

والثاني: أن الإقرار ليس بحجة على الغير؛ فإذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر:

فإن أقر لشخص واحد.. فظاهر، وإن أقر لشخصين:

فإن قدم التابع نحو: بناء هذه الأرض لفلان والأرض لفلان.. فكما قال؛ لأن الإقرار الأول يستتبع التابع، فالإقرار بالتابع بعده: إقرار على الغير.

وإن أقر بأحدهما:

فإن كان المتبوعَ نحو: الأرض لفلان والبناء لي.. كانا للمقر له بالاستتباع.

وإن كان التابعَ؛ كقوله: الأرض لي والبناء لفلان.. كان كما قال؛ لأن في الأول دعوى بعد الإقرار، فلا يصح.

وفي الثاني: عكسه، فيصح.

وإِنْ قَالَ.. لَهُ عَلَيّ ألف من ثمنِ عبدٍ لم أقبضْهُ؛ فَإِن عيَّنَهُ.. قيل للْمقَرِّ لَهُ: سلِّمْ وتَسَلَّمْ إِنْ شِئْتَ.

وإِنْ لم يُعيِّنهُ.. لزمَه الْألفُ ولغا قَوْلُه: «لم أقبضهُ».

(**وإن قال: له عليَّ ألف من ثمن عبد**) اشتريته منه و(**لم أقبضه؛ فإن عيَّنه**)؛ أي: عين المقر العبد (.. **قيل للمقر له**) بالألف: (**سلِّم**) العبد [٣٨٣/أ] الذي عينه المقر (**وتسلم**)؛ أي: خذ الألف الذي أقره لك.

(**إن شئت**)، هذا: إن صدقه المقر له في تعيينه؛ لأن «الثابت بالتصادق كالثابت معاينة»، فيؤمر بالتسليم والتسلم.

وأما إذا لم يصدقه المقر له في تعيينه وقال: العبد عبدك، وإنما بعتك غيره وسلمته إليك.. فيلزم على المقر ما أقره؛ لأن إقراره عند سلامة العبد: له، وقد سلم له، ولا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود، فيلزمه الألف؛ سواء كان العبد في يده أو في يد المقر له.

ولو قال المقر له: العبد عبدي ما بعتكه.. فلا يلزم على المقر شيء؛ لأنه ما أقر إلا عوضاً عن العبد ولم يسلم له، فلا يلزمه شيء؛ سواء كان ذلك العبد في يد المقر أو في يد المقر له.

ولو قال: ما بعتكه، إنما بعتك غيره.. يتحالفان؛ لأن المقر: يدعي تسليم ما عينه، والآخر: ينكره، والمقر له: يدعي عليه الألف ببيع غيره، والآخر: ينكره.

وإذا تحالفا.. بطل المال من المقر، والعبد سالم لمن هو في يده.

(**وإن لم يعينه**)؛ أي: المقر (.. **لزمه**)؛ أي: المقر (**الألف**) الذي أقر به.

(**ولغا قوله: لم أقبضه**) عند أبي حنيفة؛ لأنه رجوع عن إقراره الموجب لوجوب المال عليه، فلا يصح ولو موصولاً، وإنما كان هذا رجوعاً؛ لأن إنكار القبض في غير المعين: يقتضي جهالة المبيع، وجهالته مطلقاً: تقتضي سقوط وجوب الثمن.

فأول كلامه: يوجب وجوب الثمن، وآخره: يوجب سقوطه، وذلك رجوع.

وَلَو قَالَ: مِن ثمنِ خمرٍ أَو خِنْزِيرٍ لَا يصدَّقُ.
وَعِنْدَهُمَا: إِن وصلَ.. صُدِّقَ.

وقالا: المقر له؛ إن صدق المقر في الجهة.. فالقول للمقر في عدم القبض.

وإن كذبه فيها:

فالمقر؛ إن وصل قوله: لم أقبضه.. فالقول له.

وإن فصل.. لم يصدق؛ لأن أول كلامه: موجب، وآخره: تغيُّر؛ لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض، فكان بيان تغيير، وهو: إنما يصح موصولاً لا مفصولاً.

(**ولو قال**): له عليّ ألف (**من ثمن خمر أو خنزير.. لا يصدق**)، ولزمه الألف، ولم يقبل تغييره عند أبي حنيفة؛ وصل أو فصل إن لم يصدقه المقر له؛ لأنه رجوع عما وجب عليه بإقراره، فلا يقبل. كذا في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: «لا يصدق إن كذبه المقر له في السبب» بدل «إن لم يصدقه».

فالظاهر منه: أن المقر له؛ إن سكت.. يصدق المقر [٣٨٢/ب] في تفسيره، بخلاف ما في «العناية».

(**وعندهما: إن وصل.. صدق**) في المسألتين ولم يلزمه شيء؛ لأنه بين بآخر كلامه: أنه ما أراد به الإيجاب، فكان بيان تغيير، فيصح موصولاً لا مفصولاً؛ كما إذا قال في آخره: «إن شاء الله» موصولاً.. حيث لم يلزمه شيء.

وجواب الإمام عنه: أن ذلك تعليق بصيغته، فيكون بياناً لما قبله، فلا يلزمه شيء؛ لأن اللزوم عليه من حكم الإرسال، ومع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال.

بخلاف ما نحن فيه.. فإنه إبطال، والإبطال: رجوع عن الإقرار.. فلا يصح ولو موصولاً.

وَلَو قَالَ: مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ، أَو قَالَ أَقْرِضنِي وَهِي زيوفٌ أَو بنهرجةٌ.. ....

قال في «البزازية»: له عليّ ألف، لكنه من ثمن خمر، وقال المقر له: بل ثمن بر.. فالمال لازم مع يمين الطالب.

وقالا: القول للمقر مع يمينه؛ كما في قوله: «عن ثمن ميتة». ذكره الخصاف.

وذكر الناطفي على قياس قول الإمام في مسألة الميتة: يلزم المال؛ كما في قوله: «من ثمن الخمر».

وقال الحلواني: ما ذكره الخصاف قولهما؛ أما على قول الإمام: فالمال لازم، فكأنه ذهب عن الخصاف، وعن الإمام في الميتة روايتان.

وعن أبي يوسف: عليّ ألف حرام أو باطل.. لزمه عند الإمام.

عليّ ألف من ثمن خمر، وصدقه المدعي.. قال الإمام: يجب المال؛ لأن ثمن الخمر يمكن وجوبه على المسلم عنه بتوكيل الذمي شراء الخمر.

وقالا: لا يجب؛ بناء على تلك المسألة. انتهى. كلام «البزازية».

وفي «المجمع»: لو أقر حربي أسلم بأخذ المال من مسلم أو كافر قبل إسلامه، أو أقر بإتلاف خمر بعد إسلام الكافر، أو أقر مسلم بمال حربي في دار الحرب، أو أقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في إسناد الأفعال إلى ما ذكر ضِمْنَ الزمان.. أفتى محمد: بعدم الضمان في كل من هذه الصور.

وقالا: يضمن.

(**ولو قال**): له عليّ ألف درهم (**من ثمن متاع أو قال: أقرضني**) ألف درهم مثلاً.

(**وهي زيوف**)، يقال: زافت عليه دراهمه إذا صارت مردودة عليه لغش فيها.

وقيل: هي دون البنهرج؛ لأن الزيف: ما يرده بيت المال، والبنهرج: ما يرده التجار. كذا في «المغرب».

(**أو بنهرجة**)، في «المغرب»: البنهرج: الدراهم التي فضتها رديئة.

لزِمَه الْجِيَادُ.

وَقَالا: يلْزِمُهُ مَا قَالَ إِنْ وصلَ.

وعن اللحياني: درهم بهرج ولم أجده بالنون.

(.. **لزمه الجياد**) عند أبي حنيفة؛ وصل أو فصل.

وعنه أيضاً في غير رواية «الأصول»: أنه يصدق [٣٨٤/آ] في الزيوف إذا وصل في القرض.

(**وقالا: يلزمه ما قال إن وصل**).

وعلى هذا الخلاف: إذا قال: «إلا أنها زيوف» بكلمة الاستثناء.

وكذا: إذا قال: هي ستوقة أو رصاص. على ما في «الهداية».

لكن ذكر في «العناية»: فيها روايتان عن أبي يوسف:

في رواية عنه: لا يصدق وإن وصل.

لهما: أنه بيان تغيير؛ لأن اسم الدراهم: يصرف إلى الجياد، ويحتمل الزيوف والبنهرجة والستوقة ولو مجازاً، فيتوقف أول كلامه على آخره.

فإذا ذكرها آخراً.. كان بياناً مغيراً، فيصح موصولاً كالشرط والاستثناء؛ كما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة، ونقد البلد: وزن سبعة.

ولأبي حنيفة: أن هذا رجوع؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة ونحوها عيب، فلم يكن داخلاً تحت العقد لتكون دعواه بياناً، بل تكون رجوعاً عن بعض موجبه؛ كما إذا قال: بعتك معيباً، وقال المشتري: سليماً.. فإن القول للمشتري؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة.

بخلاف: إلا أنها وزن خمسة؛ لأنها تصح استثناء؛ لكونه مقداراً.

بخلاف الجودة والزيافة ونحوها.. فإنها أوصاف، فلا يجوز استثناؤها؛ كالبناء في الدار.

وَإِن قَالَ: مِن غَصبٍ أَو وَدِيعَةٍ وَهِي زيوفٌ أَو بنهرجةٌ.. صُدِّقَ.

وَلَو قَالَ: ستوقةٌ أَو رصاصٌ؛ فإِنْ وصلَ.. صُدِّقَ، وإِلَّا.. فَلَا.

فإن قيل: إذا قال: له عليَّ كر حنطة من ثمن عبد، إلا أنها رديئة.. يصح الاستثناء، مع أن الرداءة وصف كالجودة.

قلنا: ممنوع، بل الرداءة: نوع في الحنطة.

وفي كل ما يكال أو يوزن سوى الدراهم والدنانير: لا عيب.

وفي الدراهم: عيب؛ لأن العيب ما تخلو عنه الفطرة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة، بخلاف الدراهم؛ فإذا كانت نوعاً في الحنطة.. لم تكن من مقتضى مطلق العقد؛ لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع، حتى لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة، فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه، فيصح موصولاً ومفصولاً.

وإن قال: عليّ ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة.. قال بعض مشايخنا: إنه يصدق بالإجماع إذا وصل.

وقال الكرخي: إنه على الخلاف، لا يصدق عند أبي حنيفة مطلقاً؛ لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعيينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم، فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء، فيكون على الخلاف المذكور فيما بين سببه تجارة.

(وإن قال) له عليّ ألف درهم [٣٨٤/ب] **(من غصب أو وديعة وهي زيوف أو بنهرجة.. صدق)** وصل أو فصل؛ لأن الغصب والوديعة لا يختصان بالجياد؛ لأن الإنسان يغصب ما يجد، ويودع ما يملك، ولا تعامل لهما في الجياد، فيكون بيان النوع لا بيان التغيير، فيصح ولو مفصولاً.

(ولو قال:) له عليَّ ألف درهم من غصب أو وديعة، وهي **(ستوقة أو رصاص؛ فإن وصل.. صدق، وإلا.. فلا)**؛ لأن الستوقة وكذا الرصاص ليست من جنس الدراهم، لكن كلامه يحتمل مجازاً، فيكون بيان تغيير، فيصح موصولاً لا مفصولاً.

وَلَو قَالَ: غصبْتُ ثوباً وَجَاء بمعيبٍ.. صُدِّق.

وَلَو قَالَ: عليَّ ألفٌ إِلّا أنَّهُ ينقصُ مائَةً: صُدِّق إِنْ وَصَلَ، وإِلّا.. لزِمَ الْألفُ.

وَلَو قَالَ: أخذتُ مِنْك ألفاً وَدِيعَةً فَهَلَكت، وَقَالَ الْمقَرُّ لَهُ: أَخَذتَهَا غصباً.. ضَمِنَ.

(ولو قال: غصبت ثوباً وجاء بمعيب.. صدق)؛ لما مر: أن الغصب لا يختص بالسليم عن العيب كالوديعة.

وفي «قاضي خان»: لو قال: قد قبضت من فلان ألفاً، ثم قال: هي زيوف.. قبل قوله.

ولو قال: هي ستوقة.. لا يقبل.

(ولو قال: علي ألف) من ثمن متاع أو قرض أو غصب، (إلا أنه ينقص مائة.. صدق إن وصل)؛ لأنه استثناء مقدار معين، فيصح موصولاً.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يصل (.. لزم الألف)؛ لأن الاستثناء لا يصح مفصولاً، ولو كان الفصل بسبب النَّفَس أو دفع السعال.. فهو موصول؛ لأنه ثمة ضرورة.

(ولو قال: أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت، وقال المقر له: أخذتها غصباً.. ضمن)؛ أي: المقر؛ لأنه أقر بسبب الضمان - وهو الأخذ -، ثم ادعى ما يوجب البراءة، وهو الإذن بالأخذ، والآخر: ينكره.. فكان القول قول المنكر مع يمينه، ووجب الضمان على المقر، إلا أن ينكل المنكر عن اليمين.

بخلاف ما إذا قال له: بل أخذتها قرضاً.. فإنه يكون القول فيه للمقر؛ لأنهما تصادقا على أن الأخذ كان بالإذن، فلا يكون سبباً للضمان على الآخذ، والمقر له يدعي عليه سبباً للضمان - وهو القرض - والآخر ينكره.. فكان القول للمنكر مع يمينه.

ولو قال المقر: هي وديعة، ثم قال: هي زيوف.. يصدق. كذا في «قاضي خان».

وَلَو قَالَ بدل «أخذتُ»: «أَعْطَيْتنِي».. لَا يضمنُ.

وَلَو قَالَ: غصبْتُ هَذَا الشَّيْءَ من زيدٍ، لَا بل من عَمْرٍو.. فَهُوَ لزيدٍ، وَعَلَيهِ قِيمَتُه لعَمْرٍو.

وَلَو قَالَ: هَذَا كَانَ لي وَدِيعَةً عنْدَكَ فَأَخَذتُهُ، وَقَالَ الآخرُ: هُوَ لي.. دُفَع إِلَيْهِ.

وإِنْ قَالَ: آجرتُ فرسي أَو ثوبي هَذَا فلَاناً فَركبَهُ أَو لبسَهُ وردَّهُ عَليّ أَو أَعرْتُهُ أَو أَسكنْتُه دَاري ثمَّ ردَّهَا عَليّ.. صُدِّقَ، وَعِنْدَهُمَا: القَوْلُ للمأخوذِ مِنْهُ.

(ولو قال)؛ أي: المقر (بدل «أخذت»: «أعطيتني») ألفاً وديعة، وقال المقر له: لا، بل غصبته (.. لا يضمن)؛ لأن المقر له ادعى سبب الضمان، والآخر ينكره.. فالقول له مع يمينه.

(ولو قال: غصبت هذا الشيء من زيد، لا بل من عمرو.. فهو لزيد)؛ لصحة إقراره أوّلاً، وقوله بعد ذلك «بل من عمرو» رجوع منه، فلا يقبل؛ لتعلق حق الأول.

(وعليه قيمته لعمرو)؛ لصحة إقراره في حقه أيضاً، إلا أن الشيء الواحد لا يكون للاثنين [٣٨٥/أ]، فتكون العين للأول، والقيمة للثاني.

(ولو قال: هذا كان لي وديعة عندك، فأخذته، وقال الآخر: هو لي.. دفع) عينه إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً.

(إليه)؛ أي: إلى المقر له؛ لأنه أقر أن اليد للمخاطب والأخذ منه، والسبيل في الأخذ: الرد على المأخوذ منه ما لم يصدق الآخذ، أو أقيمت البينة على المدعي.

(وإن قال: آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلاناً، فركبه أو لبسه، ورده عليّ، أو أعرته، أو أسكنته داري، ثم ردها عليّ.. صدق) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: القول للمأخوذ منه) إن لم تكن هذه الأشياء معروفة للمقر، وإلا.. فالقول له بالاتفاق.

لهما: أنه أقر باليد للمأخوذ منه، ثم ادعى عليه الاستحقاق، فقبل إقراره دون دعواه عليه.. فيجب عليه الرد، وهو القياس.

وَلَو قَالَ: خاطَ ثوبي هَذَا بِكَذَا، ثـمَّ قَبضتُهُ، وادَّعاهُ الآخرُ.. فعلى هَذَا الْخلافِ فِي الصَّحِيحِ.

وَلَو قَالَ: اقتضيتُ مِن فلَانٍ ألفاً كَانَت لي عَلَيْهِ، أَو أَقْرَضتُهُ ألفاً، ثـمَّ أَخَذتُهَا مِنْهُ، وَأنكرَ فلَانٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو قَالَ: زَرَعَ فلَانٌ هَذَا الزَّرْعَ، أَو بنى هَذِهِ الدَّارَ أَو غرسَ هَذَا الْكَرمَ لي، استعنْتُ بِهِ فِيهِ، وَادّعى فلَانٌ ذَلِك.. فَالْقَوْلُ للْمقِرِّ.

وقول أبي حنيفة: استحسان؛ لأن اليد في الإجارة: ثبتت ضرورة استيفاء المعقود عليه - وهو المنافع - فلا تكون إقراراً باليد.

(**ولو قال: خاط**) فلان (**ثوبي هذا بكذا**) درهم، (**ثم قبضته**) منه، (**وادعاه**)؛ أي: الثوب (**الآخر.. فعلى هذا الخلاف في الصحيح**).

فعند أبي حنيفة: القول للمقر.

وعندهما: للمأخوذ منه الثوب. لما ذكرناه.

وقيل: القول للمقر بالإجماع، والصحيح: هو الأول.

(**ولو قال: اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي عليه، أو أقرضته ألفاً، ثم أخذتها منه، وأنكر فلان.. فالقول له**)؛ أي: للمنكر؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ فإذا أقر بالاقتضاء.. فقد أقر بأن ما قبضته من فلان ملكه، وأنه أخذه منه اقتضاء بحقه، فيكون مضموناً عليه؛ لإقراره بسبب: وهو الإقرار بملك الغير، ثم ادعى عليه ما يبرؤه من الضمان، والآخر ينكره.. فكان القول للمنكر.

(**ولو قال: زرع فلان هذا الزرع، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم لي، استعنت به**)؛ أي: بفلان (**فيه، وادعى فلان ذلك**)؛ أي: الزرع والبناء والغرس لنفسه (**.. فالقول للمقر**)؛ لأنه لم يقر له باليد صريحاً أو دلالة، وإنما أقر له بمجرد فعل منه، وذلك ممكن من غير ثبوت يد فيه، فلا تقبل دعواه لنفسه؛ فصار

كما قال: خاط لي هذا القميص فلان بدرهم، ولم يقل قبضته منه.. فإنه لم يكن إقراراً له باليد.

هذا فيما إذا كانت هذه الأشياء في يد المقر، على ما صرح به في «الزيلعي».

وأما إذا كانت في يد المقر له.. فالقول قول المقر له؛ كما صرح به في «البزازية» [٣٨٥/ب].

* * *

تتمة:

قال في «قاضي خان»: رجل قال: قد قبضت من فلان ألفاً، ثم قال: هي زيوف.. قبل قوله.

ولو قال: هي ستوقة.. لا يقبل.

وإن مات المقر قبل أن يقول شيئاً بعد إقراره، فقال وارثه: هي زيوف.. لا يصدق.

رجل قال: عندي ألف درهم وديعة، ثم قال: هي زيوف.. صدق.

وإن مات المقر قبل أن يقول شيئاً، فقال وارثه: هي زيوف.. لا يقبل قوله؛ لأنها صارت ديناً بموته، فلا يقبل قول الوارث.

وفي المضاربة والوديعة والغصب؛ إذا قال الوارث: هي زيوف.. لا يقبل قوله.

ولو أقر بعشرة أفلس أو قرض، ثم قال: هي كاسدة.. لا يصدق في قول أبي حنيفة.

وقالا: يصدق في القرض إذا وصل.

وفي البيع: لا يصدق في قول أبي يوسف.

وقال محمد: يصدق، ويلزمه قيمة المبيع إذا كان هالكاً.

ولو قال: غصبت فلاناً عشرة أفلس، أو قال: أودعني عشرة أفلس، ثم قال هي كاسدة.. قبل قوله.

المسلَم إليه إذا أقر بقبض رأس مال السلم، ثم ادعى أنها زيوف؛ إن كان أقر بقبض حقه أو باستيفاء الدراهم أو بقبض رأس المال.. لا يقبل قوله أنها كانت زيوفاً.

وإن كان أقر بقبض الدراهم، ثم ادعى الزيافة.. في القياس: القول قول رب السلم، والبينة على المسلَم إليه.

وفي **الاستحسان**: القول قول المسلَم إليه مع يمينه، والبينة على رب السلم أنه أعطاه الجياد.

ولو قال: أسلمت إليّ عشرة دراهم في كر حنطة، وقال: لم أقبضها، وقال رب السلم: لا، بل قبضتها؛ إن قال المسلَم إليه ذلك موصولاً.. صدق قياساً واستحساناً.

وإن فصل.. **في الاستحسان**: لا يصدق، ويلزمه المسلَم فيه.

وفي **القياس**: صدق، ولا يلزمه شيء. انتهى.

وأوضح منه: ما في «البزازية»؛ فإنه قال: المسلم إليه أقر بقبض رأس المال، ثم ادعى الزيافة.. فعلى ستة أوجه:

١- أقر بقبض الجياد، ٢- أو بقبض حقه، ٣- أو بقبض رأس المال، ٤- أو باستيفاء الدراهم.. لا تسمع دعواه الزيافة.

٥- وإن أقر بقبض الدراهم.. فالقول لرب السلم، والبينة على المسلم إليه **قياساً**.

وفي **الاستحسان**: أن القول للمسلم إليه، وعلى رب السلم البينة.

٦- وإن أقر بالقبض ولم يزد.. فالقول للمسلَم إليه؛ كما في: «قبضت الدراهم». انتهى.

وفيها أيضاً: أقر لوارثه، ثم مات، واختلف المقر له مع الورثة، فقال: كان في الصحة، والورثة قالوا: كان في المرض.. فالقول للورثة [٣٨٦/أ].

وإن برهنا.. فبينة المقر له أولى.

وإن لم يكن له بينة.. فله أن يحلف الورثة.

ادعى الإقرار في الصغر، وأنكره المقر له.. فالقول للمقر؛ لإسناده إلى حالة معهودة منافية للضمان.

قال: أخذته منك عارية، وقال: لا، بل بيعاً.. فالقول للآخذ لإنكاره البيع.

وكذا لو قال: أخذت الدراهم منك وديعة، وقال: لا، بل قرضاً.

وقال في «قاضي خان»: رجل أقر على نفسه بمائة درهم، وأشهد شاهدين، ثم أقر له بمائة درهم في موطن آخر وأشهد شاهدين، فقال المقر: هي مائة، وقال الطالب: هي مائتان:

قال الإمام شمس الأئمة الحلواني: هذه مسألة ذكرها محمد في «الأصل»، وذكرها الخصاف في «أدب القاضي» وزاد على ما ذكر في «الأصل» وجعلها على وجوه وشوَّش.

والحاصل: أن يقول: هذه المسألة على وجوه:

إما إن أضاف إقراره إلى السبب، والسبب: واحد أو مختلف، أو لا يضيف إلى سبب:

فإن أضاف إلى سبب؛ بأن قال: له عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد، ثم أقر بعد ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن عليه لفلان ألف درهم ثمن هذا العبد، والعبد واحد.. ففي هذا الوجه: لا يلزمه إلا مال واحد على كل حال في قولهم جميعاً.

وإن كان السبب مختلفاً؛ بأن قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذه الجارية، ثم قال: لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد.. وفي هذا الوجه: يلزم المالان في قولهم، سواء أقر بذلك في موطن واحد، أو في موطنين.

وإن لم يضف الإقرار إلى سبب، لكن عقد إلى نفسه بالمال صكاً؛ فإن كان الصك واحداً.. كان المال واحداً عند الكل.

وإن عقد على نفسه صكين: كل صك بألف درهم، وأشهد على ذلك.. لزم المالان على كل حال.

واختلاف الصك: يكون بمنزلة اختلاف السبب.

وإن لم يعقد صكاً، ولكنه أقر مطلقاً؛ فإن كان إقراره الأول عند غير القاضي بحضرة شاهدين، وإقراره الثاني عند القاضي.. يلزمه مال واحد.

وكذا.. لو أقر أولاً عند القاضي بألف وأثبت القاضي ذلك في ديوانه، ثم أعاده إلى القاضي في مجلس آخر، وادّعى الطالب المالين، والمطلوب يدعي أنه مال واحد.. كان القول قول المطلوب.

وتفصيله في «قاضي خان» فارجع إليه [٣٨٦/ب].

* * *

(بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ)

دَيْنُ صِحَّتِهِ وَمَا لزمَهُ فِي مَرضِهِ بِسَبَبٍ مَعْرُوفٍ سَوَاءٌ.

ويقدَّمانِ على مَا أَقرَّ بِهِ فِي مَرضِهِ، ....

(بَابُ إِقْرَارِ المَرِيض)

أي: بمرض الموت.

تكلموا في حده، والمختار: أنه إذا كان الغالب منه الموت.. كان مرض الموت؛ سواء كان صاحب الفراش أو لم يكن. كذا في «المضمرات».

وقال في «العمادي» و«الفصولين»: المريض مرض الموت: من لا يخرج إلى حوائج نفسه.

والمعتبر في حق الفقيه: أن لا يقدر على الخروج إلى المسجد.

وفي حق السوقي: أن لا يقدر على الخروج إلى الدكان.

وفي حق المرأة: أن لا تقدر على الصعود على السطح.

المريض الذي به السل: فهبته وسائر تصرفاته كسائر المرضى ما لم يتطاول.

وفسر التطاول: بسنة؛ فلو تصرف بعد سنة في مرضه.. فهو كتصرفه حال الصحة.

(دين صحته)؛ سواء كان ثبوته بأسباب معروفة، أو بالإقرار في الصحة؛ بأن قال المدعي: إن لي عليه ألف درهم مثلاً، حتى أقر به في صحته وأثبت إقراره به في صحته.. يصح، وإلا.. فلا يصح دعوى المال عيناً أو ديناً؛ بناء على الإقرار المجرد.

(وما)؛ أي: دين (لزمه في مرضه بسبب معروف)؛ مثل: بدل ما ملكه بالاستقراض أو الاشتراء أو الاستئجار أو بالتزوج بمهر المثل أو بدل ما استهلكه، وكلها: عرف بالمعاينة لا بالإقرار.

(سواء)؛ أي: في الدرجة، وهو خبر لقوله: «دين صحته وما لزمه».

(ويقدمان على ما)؛ أي: على دين (أقر به في مرضه).

وقال الشافعي: دين الصحة ودين المرض مطلقاً - أي: بسبب معروف أو بإقرار في المرض - سواء؛ لاستواء سببهما، وهو: الإقرار الصادر عن الأهل، مضافاً إلى المحل، وهي: الذمة القابلة للحقوق، فصار كإنشاء تصرف المبايعة والتزوج في مرضه، والإقرار: إخبار عن الواجب في الذمة، ولا فرق في ذلك بين صحة المقر ومرضه.

ولنا: أن الإقرار غير معتبر إذا تضمن إبطال حق الغير، وإقرار المريض قد تضمن إبطال حق غرماء الصحة، ولهذا: منع من التبرعات والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله، وعن الزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين.

فافترق بين صحته ومرضه؛ فإنه لا يمنع في صحته عن التبرع والمحاباة والتزوج بمهر المثل من الحوائج الأصلية في أصل الوضع، فلا يمنع عنه مطلقاً [٣٨٧/أ]؛ كالصرف في ثمن الأدوية والأغذية وأجرة الطبيب.

لو تزوج بالزيادة على مهر المثل.. فالزيادة باطلة والنكاح صحيح.

والمبايعة بمثل القيمة.. لا يبطل بها حق الغرماء؛ لأن حقهم يتعلق بالمالية لا بالصورة كالمبايعة، والمالية باقية.

فإن قيل: لو تعلق حقهم بمال المديون.. لزم بطلان إقراره بالدين حال الصحة؛ لتضمنه إبطال حق الغرماء.

قلنا: في حال الصحة لا يتعلق بالمال؛ لقدرته على الاكتساب، فتحقق التمييز.

بخلاف حالة المرض؛ لأنها حالة عجز عن الاكتساب المثمر، فيتعلق حقهم بالمال حذراً عن التوى.

فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن إذا أقر في المرض ثانياً.. وجب أن لا يصح؛ لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح في حق غرماء الصحة كذلك.

وَالْكلُّ مقدَّمٌ على الْإِرْثِ.

وَلَا يَصحُّ تَخْصِيصُهُ غريماً بِقَضَاءِ دَيِنِهِ،

أجيب عنه: بأن حالتي المرض: حالة واحدة بعد اتصال الموت به؛ لأنه حالة الحجر، فكانا بمنزلة إقرار واحد؛ كحالتي الصحة، فيعتبر الإقراران جميعاً.

بخلاف حالتي: الصحة والمرض؛ لأن الأولى: حالة إطلاق، وهذه: حالة حجر، فيفترقان.. فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض.

ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره.

(والكل) - أي: كل من: دين الصحة ودين المرض؛ سواء كان بأسباب معروفة أو بالإقرار - (مقدم على الإرث)؛ لتقدم سببها على سبب الإرث؛ لأن الوارث يستحق المال بالنسب والموت جميعاً، فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما وجوداً؛ وهو: الموت.

وأما الدين؛ فإنما يجب بأسباب متقدمة على الموت.

(ولا يصح تخصيصه)؛ أي: المريض؛ لأن تخصيص الصحيح بعض غرمائه بقضاء دينه: صحيح. على ما في شرح «النقاية» نقلاً عن «النهاية».

(غريماً) من غرمائه؛ سواء كان غرماء الصحة أو غرماء المرض.

(بقضاء دينه)؛ لأن فيه إبطال حق باقي الغرماء، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه بمثل قيمته، وقد علم ذلك بالمعاينة أو بالبينة؛ إذ ليس فيه إبطال حق الباقين، بل إنما حول حقهم من محل أخرجه عن ملكه إلى محل آخر يعدله؛ فصار كما لو ردّ عين ما استقرضه إلى المقرض، أو ردّ المبيع بعيب إلى البائع.

والإخراج عن ملكه بما يعادله: لا يعد إخراجاً.

بخلاف ما لو تزوج امرأة وأعطاها [٣٨٧/ب] مهرها.. حيث يكون لهم: أن يشاركوا المرأة فيما قبضت.

وَلَا إِقْرَارُهُ لِوَارِثِهِ، إِلّا أَن يصدِّقَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ.

وكذا لو استأجر عيناً واوفى أجرتها؛ لأنه أخرج عن ملكه من غير بدل يعادله مما يتعلق به حق الغرماء، لان المنافع لا يتعلق حقهم بها.

فإن قيل: قد ثبت أن الإقرار للوارث: صحيح في المرض، وقد تضمن ذلك إبطال حق بقية الورثة؛ خصوصاً إذا كان المقر له بالنسب ممن يحجب غيره.. فينبغي أن يجوز تخصيصه في المرض غريماً بقضاء دينه وإن كان فيه إبطال حق بقية الغرماء.

والجواب عنه: أن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً، فيضاف إلى الموت، فليس في إقراره بالنسب: إبطال حق بقية الورثة؛ لأن استحقاقهم المال ليس بمضاف إلى إقراره بالنسب.

(**ولا**) يصح (**إقراره**): بعين أو بدين أو بقبض دين أو بإبراء من الدين (**لوارثه**)؛ لما رواه الدارقطني مرفوعاً أنه: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين»، ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعدما تعلق به حقهم.. فلا يجوز؛ لما فيه من إبطال حقهم: كالوصية.

(**إلا أن يصدقه بقية الورثة**) أو الغرماء؛ لأن الحجر كان لهم؛ فإذا صد قوه.. فقد أقروه بتقدمه عليهم.

خصّ الاستثناء بصورة التصديق، وينبغي أن يستثني: كونه محجوراً عن الإرث؛ لما في «الفتاوى»: أقر لوارث بدين، ثم صار محجوراً؛ بأن أقر لأخيه بدين، ثم ولد له ابن.. صح إقراره؛ لأن المنظور: وقت الموت، لا وقت الإقرار.

ولا بد أن يستثنى ثلاث مسائل أيضاً؛ كما في «الأشباه» فإنه قال: إقرار المريض للوارث موقوف على الإجازة، إلا في ثلاث:

لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة.

وإِنْ أَقَرَّ لأجنبيّ.. صَحَّ، وَلَو أحَاط بِمَالِهِ.

أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة.

أو بقبض ما قبض الوارث بالوكالة من مديونه. انتهى.

وكذا: إذا كان له دين على وارثه، فأقر بقبضه.. لا يصح، إلا أن يصدقه البقية.

وهل يعتبر تصديقهم في حياة المريض أو لا يعتبر، بل لا بد من التصديق بعد موته؟

ففي أحكام المريض من «العمادية»: لا بد من تصديق الورثة في حياة المريض المقر أو بعد موته.

وأما وصيته للوارث وبما زاد على الثلث.. فلا بد من تصديقهم بعد موته.

ولا يعتبر تصديقهم قبل موته؛ حتى لو أجازوها قبل موت الموصي.. كان لهم الرجوع بعد موته، كما صرح به في [٣٨٨/أ] وصايا «قاضي خان».

وقال الشافعي: يصح إقراره له بدين.

والحجة عليه: ما رويناه وذكرناه.

(**وإن أقر**) بدين (**لأجنبي.. صح**) استحساناً؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: «إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث.. فإنه جائز وإن أحاط بماله» ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، فلا يمنع عنه.

(**ولو**) وصلية (**أحاط**)؛ أي: الدين (**بماله**)؛ لما روينا وذكرناه.

قال في «العمادي» و«الفصولين»: المريض إذا أقر لوارثه.. لا يجوز حكاية ولا ابتداء، وإقراره للأجنبي.. يجوز حكاية: من جميع المال، وابتداء: من ثلث المال.

وفي هذين الكتابين أيضاً: المريض لو أقر بدين، ثم بوديعة بعينها خاصة.. فهما دينان، ولا تقدم الوديعة.

ولو أقر بوديعة، ثم بدين.. يبدأ بالوديعة.

ولو أقر بوديعة ألف درهم لرجل، ثم مات، ولا تعرف بعينها.. فهو دين في تركته كدين المرض إذا هلك الوديعة بموته مجهلاً.. فهو والإقرار بدين: سواء.

وفي كل موضع عرف عين في يد المريض أنه لغيره بشهادة أو معاينة.. ترد عليه؛ لأنه أحق بماله.

مريض أقر بلقطة، ولا مال سواه، وكذبه وارثه.. قال محمد: لا يصدق، فيورث كله.

وقال أبو يوسف: هو من الثلث.

ولو أقر بأرض بيده أنها وقف.. فهو على ثلاثة أوجه:

١- لو أقر أنه وقفها.. تعتبر من ثلثه كما لو أقر بعتق قنه.

٢- ولو أقر أنه وقفها غيره؛ فلو صدقه الغير أو وارثه بعد موته.. جاز في الكل.

٣- ولو أقر به مطلقاً.. فهو من الثلث.

ثم قالا: مريض أقر لوارثه بدين.. لم يجز.

ولوديعة مستهلكة: تجوز.

صورتها: إذا أودع الرجل أباه ألف درهم في مرض الموت أو في صحته بمعاينة الشهود، فلما حضره الموت أقر باستهلاكه.. صدق على ذلك؛ لأنه لو سكت حين يموت، ولا يدرى ما صنع بالوديعة.. كانت ديناً في ماله؛ فإذا أقر باستهلاكه.. كان أولى.

ولو أقر أولا بهلاكها في يده، وأراد الوارث استحلافه فنكل عن اليمين، ومات.. لم يكن للوارث في ماله شيء.

وهل يصح إقرار المريض باستيفاء الدين من مديونه؟

ففي «العمادي» و«الفصولين» أيضاً: الأصل فيه: أن المريض مرض الموت إذا

أقر بأنه استوفى الدين من غريمه؛ فإن كان الدين وجب له على الأجنبي في حالة الصحة.. فإقراره باستيفائه جائز.

وإن كان عليه دين معروف؛ سواء:

وجب الدين الذي [٣٨٨/ب] أقر باستيفائه بدلاً عما هو مال كالثمن.

أو وجب بدلاً عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم عمد أو المهر ونحوه.

وإن كان الذي أقر باستيفائه وجب له على الأجنبي في مرض الموت وعليه دين معروف، أو دين وجب في المرض بمعاينة الشهود - **إن كان الذي أقر باستيفائه بدلاً عما هو مال؛ كالثمن ونحوه.. لا يصح إقراره بالاستيفاء.**

وإن كان ديناً بدلاً عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم العمد ونحوه.. **فإن إقراره بالاستيفاء جائز** وإن كان عليه دين معروف. انتهى.

وهل يصح إقرار المريضة باستيفائها مهرها من زوجها؟

ففي «العمادية»: المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها؛ فإن ماتت وهي منكوحته أو معتدته.. لا يصلح إقرارها.

فإن كانت غير منكوحة، ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول.. يصح. انتهى.

وهكذا أفتى به مشايخ الإسلام. وبه أفتيت.

وهل يصح إقراره بالإبراء؟

ففي «العمادية» أيضاً: إبراء المريض وارثه من دين له عليه أصلاً أو كفالة: باطل، وكذلك إقراره باستيفائه أو احتياله به على غيره.

وإبراؤه للأجنبي من دين له عليه: جائز، إلا أن يكون الوارث كفيلاً عنه.. فلا يجوز؛ لأنه يبرأ ببراءته.

وإِنْ أَقرَّ لأَجْنَبِيّ ثمَّ أقرَّ أَنَّهُ ابْنُهُ.. ثَبتَ نسبُهُ، وَبَطَلَ إِقْرَارُه.
وإِنْ أَقرَّ لأجنبيَّةٍ ثمَّ تزَوَّجَهَا.. لَا يبطلُ إِقْرَارُهُ.
وَلَو أَوصى لَهَا ثمَّ تزَوَّجهَا.. بَطَلت.

وإن كان [الأجنبي هو][1] الكفيل عن الوارث.. جاز إبراؤه إياه من الثلث، ولم يجز إقراره باستيفاء شيء منه؛ لأن فيه براءة الكفيل. هكذا ذكره عن «الجامع».

ثم قال: لو أقر المريض أنه كان أبرأ فلاناً من الدين الذي له عليه في صحته.. لم يجز؛ لأنه لا يملك إنشاء البراءة في الحال.. فكذلك لا يملك الإسناد إلى زمان مقدم.

بخلاف الإقرار بالقبض؛ لأنه يملك الإنشاء، فيملك الإقرار به. هكذا ذكره نقلاً عن «الإيضاح».

واعترض عليه: بأن إقرار المريض للوارث: لا يجوز، لا حكاية ولا ابتداء، وإقراره للأجنبي: يجوز حكاية من جميع المال، وابتداء: من ثلثه.

(**وإن أقر لأجنبي، ثم أقر أنه ابنه.. ثبت نسبه**)؛ أي: من المقر.

(**وبطل إقراره**) الأول؛ لأن النسب يستند إلى حالة العلوق، فتبين: أن البنوة كانت حالة الإقرار بالمال.. فلا يجوز؛ لأنه للوارث.

(**وإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها.. لا يبطل إقراره**)؛ فإن الزوجية حادثة مقتصرة على زمان التزوج؛ فتبين: أن إقراره لأجنبية [٣٨٩/أ] لا للوارث فصح.

وقال زفر: يبطل إقراره لها؛ لأنها وارثته بعد الموت وإن لم تكن وارثته عند الإقرار، فحصلت التهمة، وهي المعتبرة في الباب كما في الوصية والهبة لها وهي أجنبية؛ على ما أشار إليه بقوله:

(**ولو أوصى لها**)؛ أي: لأجنبية (**ثم تزوجها.. بطلت**) وصيته.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «مجمع الضمانات» ص (٤٥٠).

وَلَو وَهبهَا ثمَّ تزَوجهَا.. فَلَه رُجُوعٌ.

(ولو وهبها، ثم تزوجها.. فله الرجوع).

وفي بعض النسخ: فلا رجوع، وهو من طغيان القلم؛ إذ لا وجه له أصلاً.

والأصل ههنا: أن المقر له: أما أن لا يكون وارثاً للمريض المقر، أو يكون وارثاً له.

والوارث: إما أن تكون وراثته مستمرة من حيث الإقرار إلى الموت، أو لا تكون مستمرة.

وغير المستمر: إمام أن يكون وارثاً حالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أو لغيره، أو بالعكس منه؛ أي: وارث حالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أو لغيره.

أو يكون وارثاً حالة الإقرار والموت معاً غير وارث بينهما.

والذي يكون لغير الحجب: إما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أو لا.

فهذه ثمانية أوجه:

ففيما لم يكن وارثاً أصلاً.. صح إقراره بالإجماع.

وفيما يكون وارثاً مستمراً.. لا يصح بالإجماع.

وفيما يكون وارثاً حالة الإقرار دون الموت؛ فإن كان الانتفاء لحجب - كما إذا أقر لأخيه - وهو وارث حالة الإقرار، ثم ولد له ولد أو أسلم ولده الكافر أو أعتق الرقيق.. صح الإقرار بالاتفاق.

وإن كان لغيره؛ كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً بأمرها، وقد أقر لها بدين.. فلها الأقل من الدين والميراث؛ لوجود تهمة الإيثار بقيام العدة، ولا تهمة في الأقل، فثبت.

وَإِن أقرَّ بِغُلَامٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ....

وفيما كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار؛ فإن كان حجب؛ كما إذا أقر لأخيه وله ابن، ثم مات الابن.. بطل إقراره، خلافاً لزفر.

وإن كان لغيره وقد استند السبب؛ كما إذا أقر لأجنبي في مرضه، ثم ادعى نسبه.. ثبت نسبه منه وبطل إقراره.

وإن لم يستند؛ كما إذا أقر لأجنبية، ثم تزوجها.. لم يبطل.

وفيما كان وارثاً في الحالتين دون الوسط؛ كما إذا أقر لزوجته، ثم أبانها، ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات.. بطل الإقرار عند أبي يوسف.

وجاز عند محمد - وهو القياس -؛ لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار، فلا يؤثر فيما قبله.

ووجه أبي يوسف - وهو استحسان -: أن الإقرار لوارث باطل؛ لتهمة الإيثار؛ فإذا وجد سبب [٣٨٩/ب] الوراثة عند الإقرار.. حدثت التهمة، والعقد المتجدد قام مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الإقرار، لأن التهمة لم تكن متقررة؛ لاحتمال زوال النكاح.. فلا يصح الإقرار. كذا في «العناية».

قال في «الفصولين»: أقر لابنه وهو قن، ثم عتق فمات الأب.. جاز إقراره؛ لأنه للمولى لا للقن.

بخلاف الوصية لابنه وهو قن، ثم عتق.. فإنها تبطل؛ لأنها حينئذ للابن.

ولما فرغ من الإقرار بالدين والمال.. شرع في بيان الإقرار بالنسب، فقال:

(**وإن أقرّ بغلام مجهول النسب**) قيده به؛ لأنه لو كان معروف النسب من شخص.. بطل إقراره؛ لامتناع ثبوته من غيره.

وأشار بقوله: «بغلام»: إلى بيان الإقرار بالولد.

ولو اختلفا في أنه مجهول النسب أو معروف النسب، ولا بينة لأحدهما.. يحتمل أن يكون القول للمقر له، ويحتمل أن يكون للمقر، كما في «الفصولين». وقد ذكرناه من قبل.

يُولَدُ مثلُهُ لمثلِهِ أَنَّه ابْنُهُ، وَصدَّقهُ الْغُلَام.. ثبتَ نسبُهُ مِنْهُ وَلَو مَرِيضاً، ....

ولصحة هذا الإقرار ثلاث شرائط:

الأول: هـذا، أعنـي: أن لا يكـون ثابـت النسـب مـن الغيـر، بـل يكـون مجهـول النسب.

والثاني: ما ذكره بقوله: (**يولد مثله لمثله**)؛ لأنه لو لم يكن كذلك.. لكان الظاهر مكذباً له

(**أنه ابنه**): بيان لإقراره بالغلام.

والثالث: ما ذكره بقوله: (**وصدقه الغلام**) وبه أشار إلى أن المراد بالغلام: غلام يعبّر عن نفسه؛ لأنه في يد نفسه.. فيعتبر تصديقه.

بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه. على ما تقدم في دعوى النسب.

(**ثبت نسبه منه**)؛ أي: من المقر، يصير ابناً له.

ولو ادعى أحد بعده أنه ابن لغير المقر.. لا تصح دعواه، إلا إن أثبت أحد أنه كان معروف النسب في مولده وقت إقرار المقر.. فإنه يصح؛ دفعاً لإقرار المقر؛ كما في «الفصولين»؛ فإنه قال: ولو جهل نسبه، فبرهن: أني ابنه.. يقبل.

فلو برهن المقر له بعده: ابنك ابن فلان الآخر.. يقبل في دفع برهان الابن لا في إثبات نسبه من فلان الآخر؛ لأنه ليس بخصم عنه.

(**ولو**) – وصلية – كان المقر (**مريضاً**)؛ إذ ليس فيه تهمة؛ لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة، وليس فيه تحميله على الغير، فثبت منه ولو مريضاً.

فإن قيل: وإن لم يكن فيه تحميل النسب على الغير، لكنه تضمن إبطال حق بقية الورثة.. فكيف يصح من المريض؟

قلنا: إن استحقاق الورثة المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى [٣٩٠/أ] آخرهما وجوداً وهو الموت، لا إلى النسب، فلا يضر ثبوته من المريض بإقراره إياه.

ويُشَارِكُ الْوَرَثَةَ وَصَحَّ إِقْرَارُ الرَّجلِ بالوالدَينِ وَالْولَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمولى، ......

(ويشارك الورثة) الباقية؛ لأنه صار كالوارث المعروف.

(وصح إقرار الرجل)؛ لأن إقرار المرأة سيأتي ذكره مصرحاً (بالوالدين)؛ أي: الأب والأم (والولد والزوجة والمولى)؛ أي: مولى العتاقة؛ سواء كان أعلى أو أسفل، وسواء كان إقراره بهؤلاء في صحته أو في مرضه؛ لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير.. فتحقق المقتضي وانتفى المانع، فوجب القول بجوازه في جميع هؤلاء. على ما ذكره صاحب «الهداية».

وقال في «النهاية»: إن ما ذكره صاحب «الهداية» موافق لرواية «تحفة الفقهاء» والإمام سراج الدين، لكنه مخالف لما ذكر في «المبسوط» و«الإيضاح» و«الجامع الصغير» للمحبوبي: أن إقرار الرجل يصح بأربعة ينفر: بالأب، والابن، والمرأة، ومولى العتاقة.

ثم قال: والله أعلم بصحة ما ذكره صاحب «الهداية»؛ ترجيحاً لما في «المبسوط» و«الإيضاح».

ولا يخفى عليك صحته؛ لأن الدليل المذكور كما يدل على صحة إقراره بالأب.. كذلك يدل على صحة إقراره بالأم أيضاً بلا فرق، فالفرق تحكُّم. كذا في «العناية».

والإقرار بمولى الموالاة: مثل الإقرار بمولى العتاقة. على ما في «المحيط» و«البزازية».

قال في آخر كتاب الإقرار من «الخلاصة» نقلاً عن «مختصر القدوري»: إقرار الرجل يصح بأربعة، وإقرار المرأة يصح بثلاثة:

أما إقرار الرجل: فيصح: بالابن والأب والزوجة ومولى العتاقة، والمعنى من الصحة وعدم الصحة ما ذكر في فرائض «الأصل»؛ يعني: أن في الأربعة يرث المقر له مع الوارث المعروف، ويشاركه في الميراث، وفيما وراء الأربعة.. لا يرث مع

وَشَرِطَ تَصْدِيقُ هَؤُلَاءِ.

الوارث المعروف؛ أما الإقرار.. فصحيح في نفسه، حتى لو لم يبق له وارث.. كان الميراث له لا لبيت المال. انتهى.

(وشرط) في صحة الإقرار بهؤلاء: (تصديق هؤلاء) لأنهم في أيدي أنفسهم، فيعتبر تصديقهم.

لكن شرط في صحة تصديقِ المرأة: خلوها عن زوج آخر وعدته، وأن لا تكون أختها تحت المقر، ولا أربع سواها. على ما في «العناية».

وفي صحة تصديق الوالدين: أن يولد مثله لمثله، وأن ليس للمقر: أب وأم معروفين.

وفي صحة تصديق المولى: أن لا يكون للمقر مولى معروفاً.

وهل تثبت هذه الأمور؛ أعني [٣٩٠/ب]: الأبوة والأمومة والبنوة والبنتية والزوجية، وولاء العتاقة والموالاة بالبينة عند عدم تصديق هؤلاء وإنكارهم؟

ففي «المحيط» السرخسي: إذا أدعى رجل على رجل أنه ابنه، والأب ينكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه فعلاً: وهو إيلاده، ويحمل نسبه عليه.

ولهذا: لو أقر المدعى عليه بذلك.. يصح إقراره.

وكذلك: لو ادعى على رجل أنه أبوه، والابن منكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك مالاً أو لم يدع؛ لأن هذه بينة قامت على خصم أيضاً، ولهذا: لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره.

وكذلك لو ادعى على امرأة نكاحاً وهي تنكر، أو ادعت امرأة على رجل نكاحاً وهو ينكر، فأقام المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته؛ لأنها قامت على خصم؛ لأنه يدعي عليه عقداً باشره وتولاه، ولأن الزوج: يدعي عليها الملك، وهي: تدعي على الزوج المهر والنفقة وثبوت حق المطالبة بالجماع.

ولهذا.. لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره أيضاً فتقبل بينة المدعي.

ولو ادعى رجل على رجل أنه مولاه عتاقة من فوق أو أسفل، أو ادعى أنه مولاه من موالاة، والمدعى عليه ينكر، فأقام المدعي بينة.. قبلت؛ لأنها قامت على خصم وإن لم يدع عليه مالاً، ولهذا.. لو أقر المدعى عليه بذلك.. صح إقراره أيضاً. انتهى.

فقد حكم؛ بأن هذه المعاني: تثبت بالبينة من المدعي عند عدم تصديق المدعى عليه – أعني: المقر له – وأن المدعى عليه ولو ادعى تصديق المدعي عليه.. يصدق استحساناً. انتهى.

ثم قال فيها أيضاً: ادعى أنه أبوه.. لا يصدق إلا بتصديق المدعى عليه، أو شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

وكذا إذا ادعى أنه ابنه إن كان يعبر عن نفسه، وإلا.. يتم بدعواه استحساناً. انتهى.

والحاصل: أن الإقرار بهذه المعاني صحيح وإن لم يدع مالاً، وأنها تثبت بالإقرار بها مع تصديق المقر له وبإثبات المدعي، بإقامة البينة على هذه المعاني نفسها، أو على إقرار المدعى عليه بهذه المعاني. على ما هو الظاهر مما نقلناه من «المحيط» لأن الإقرار بها لما كان صحيحاً.. فالبينة القائمة على الإقرار ممن يصح الإقرار منه: تصح أيضاً.

لكن ذكر في «فتاوى» شيخ الإسلام الأنقروي نقلاً عن «النصاب» ما يدل على أن [٣٩١/أ] البينة القائمة على إقرار المدعى عليه بالمولى.. لا تصح؛ حيث قال: ولو شهدوا أن زيداً أقر أن المدعي أخوه أو أبن أخيه أو ابن أخته أو مولاه.. فليس بشيء حتى يبينوا.

وَكَذَا إِقْرَارُ الْمَرْأَةِ، لَكِن شُرِطَ فِي إِقْرَارِهَا بِالْوَلَدِ: تَصْدِيقُ الزَّوْجِ أَيْضاً، ..

بخلاف ما لو شهدوا: أنه أقر أنه ابن خاله أو ابن عمه.. فإن الغالب في هذا: النسبُ، فيورث منه إذا لم يكن له وارث معروف غيره. انتهى.

وهكذا ذكره في «المحيط» للسرخسي نقلاً عن «المنتقى».

فالظاهر منه: أنه لو ادعى رجل على رجل: أنه أخوه أو ابن أخيه أو ابن أخته أو مولاه عتاقة أو موالاة، وأنكر المدعى عليه ذلك، وأقام المدعي بينة على إقرار المدعى عليه بذلك.. لا تقبل بينته، ويلزمه عدم صحة إقراره بالمولى؛ كما لا يصح إقراره بالأخوة وابن الأخ والأخت.

بخلاف ابن الخال أو ابن العم.. حيث يصح الإقرار بهما. وكذا.. البينة القائمة على إقرارهما.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**إقرار المرأة**): بالأب والأم والولد والزوج ومولى العتاقة والموالاة؛ لأنها أقرت بما يلزمها، وليس فيه تحميل النسب على الغير، فتحقق المقتضي وانتفى المانع.. فوجب القول بصحته.

وفي «المبسوط» و«جامع الفصولين»: إنما يصح إقرار المرأة بثلاث: نفر: بالأب، والزوج، ومولى العتاقة.

والأمر فيه: كما ذكرناه في إقرار الرجل من صحة الإقرار بالأم أيضاً.

فإن قيل: كيف يصح إقرار المرأة بالولد مع أن فيه إقراراً على الغير أعني الزوج؟

فأجاب بقوله: (**لكن شرط في إقرارها بالولد: تصديق الزوج أيضاً**)؛ أي: كما شرط تصديق الولد؛ وذلك لأن فيه تحميل النسب على الزوج؛ لأن النسب منه لا منها؛ كما قال الله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ﴾ فلا تقبل ما لم يصدقها الزوج؛ لأن الحق له فيعتبر تصديقه.

أو أقامت المرأة البينة عند عدم تصديقه.. فتقبل. لما في «المحيط».

أَو شَهَادَةُ قَابِلَةٍ.
وَصَحَّ تصديقُهُم بعدَ موتِ الْمقرِّ، إِلّا تَصْدِيقَ الزَّوْجِ بعدَ مَوتِهَا.
وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ أَيْضاً.

أو ادعت امرأة على رجل نكاحاً، وهو ينكر، فأقامت المرأة بينة.. تقبل. على ما نقلناه آنفاً.

(**أو شهادة قابلة**)؛ لأن الفَرَضَ: أن الفراش قائم، فيحتاج إلى تعيين الولد، وشهادتها مقبولة في ذلك. على ما مر في الطلاق.

(**وصح تصديقهم**)؛ أي: تصديق هؤلاء المذكورين (**بعد موت المقر**)؛ أي: بالنسب؛ لأن النسب مما يبقى بعد الموت.. فصح تصديقهم.

(**إلا تصديق الزوج**) زوجته المقرة بالزوجية (**بعد موتها**)؛ لأن النكاح انقطع بالموت، ولا عدة عليه حتى يصح تصديقه باعتبارها، ولهذا.. جاز له نكاح أخت [٣٩١/ب] امرأته المتوفاة عقيب موتها.

فإن قيل: إن الإرث موجود بعد موتها وإن لم تكن العدة عليه موجودة.. فلمَ لا يجوز بقاء النكاح باعتبار الإرث ويعتبر تصديقه بعد موتها؟

قلنا: إن الإرث وإن كان موجوداً بعد موتها، لكنه معدوم وقت الإقرار، والتصديق يستند إلى وقت الإقرار، فلا يجوز اعتباره باعتبار الإرث.

بخلاف تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالزوجية؛ لأن حكم النكاح باق، وهو: العدة.. فإنها واجبة عليها بعد موت زوجها، وهي من آثار النكاح، ألا ترى: أنها تغسل زوجها بعد موته عند عدم من يغسله من الرجال؛ لقيام حكم النكاح، فيعتبر تصديقها بعد موته بالاتفاق. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يصح أيضاً**)؛ أي: يصح تصديق الزوج بعد موت الزوجة: كتصديق الزوجة زوجها بعد موت الزوج؛ لأن الإرث من أحكام النكاح، وهو: مما يبقى بعد النكاح كالعدة.

وإِنْ أَقَرَّ بِنَسَبِ غيرِ الوِلادِ كأخٍ وعمٍّ.. لَا يثبتُ، ويرثُهُ إِنْ لم يكن لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ، وَلَو بَعيداً.

والجواب عنه: أن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فيصير النكاح قائماً باعتبارها.

وأما الإرث.. فليس بلازم له؛ لجواز أن تكون المرأة كتابية، فلم يعتبر النكاح قائماً باعتباره.

(**وإن أقر بنسب غير الولاد كأخٍ وعمٍ**) وجد وابن ابن وابن بنت وخال وخالة وعمة وأخت وابن أخت وعم وابن عم (.. **لا يثبت**) نسبه منه؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فلا يجوز إلا في حق نفسه؛ حتى يلزمه نفقة المقر له وحضانته والإرث إذا تصادقا عليه.

وإليه أشار بقوله: (**ويرثه**)؛ أي: المقر له من المقر (**إن لم يكن له**)؛ أي: للمقر (**وارث معروف ولو**) – وصلية – (**بعيداً**)؛ يعني: أن من أقر بالنسب غير الولاد.. لا يقبل إقراره في حق النسب؛ حتى لا يثبت نسب المقر له.

وأما في حق الإرث؛ فإما أن يكون له وارث معروف قريب كذوي الفروض والعصبات مطلقاً، أو بعيداً كذوي الأرحام ومولى الموالاة، أو لا يكون:

فإن كان.. فهو أولى بالميراث من المقر له؛ لأنه لما لم يثبت نسبه منه.. لم يزاحم الوارث المعروف.

وإن لم يكن.. استحق المقر له ميراثه؛ لأنه أقر بشيئين: أحدهما: النسب، والآخر: استحقاق المقر له ماله بعده.

والأول: غير مسموع؛ لما ذكرناه، والثاني: مسموع؛ لأن له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث؛ حتى لو أوصى بجميع ماله.. استحق الموصى له [٣٩٢/أ] جميعه.

فكذا.. له أن يجعل جميعه لهذا المقر له؛ لأنها:

وصية من وجه.

حتى كان للمقر: أن يرجع عن إقراره؛ لأن نسبه لم يثبت، فلا يلزمه؛ كالوصية.

وإرث من وجه.

حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث.. لا تنفذ إلا بإجازة هذا المقر له ما دام المقر على إقراره، فصار كأنه وارثه حقيقة.

اعلم: أن النسب على نوعين:

نوع: يثبت بالإقرار؛ كالأبوة والبنوة ، وكذلك الزوجية والولاد على ما تقدم.

ونوع: لا يثبت بالإقرار؛ كالأخوة والعمومة وابن الابن وابن البنت وابن العم والخال والخالة والجدية.

والمدعى عليه في النوع الأول: خصم شرعي للمدعي بلا دعوى حق لنفسه من الإرث والنفقة.

ولا يضر التناقض في هذا النوع؛ لأنه عفو، ولا يصح نفيه بعد إقراره؛ حتى لو قال لغلام مجهول النسب: هذا ابني.. ثبت نسبه منه، ثم قال: ليس بابني.. لا يصح نفيه؛ لأن النسب ثبت بإقراره، ثم لا ينتفي بنفيه؛ لتعلق حق المقر له.

ولو قال: ليس بابني، ثم قال: هو ابني.. يصح لكون التناقض عفواً فيه.

ولو أنكر الغلام ذلك، وأقام المدعي بينة.. تقبل بلا دعوى الحق لنفسه.

بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا يثبت بمجرد إقراره، بل لا بد من دعوى حق لنفسه من الإرث والنفقة؛ حتى لو أقام بينة على المدعى عليه عند إنكاره.. لا تقبل؛ لأن المدعى عليه في هذا النوع ليس بخصم له في إثبات النسب؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير.

إلا أن يدعي لنفسه حقاً.. فحينئذٍ يكون خصماً له وتقبل بينته عليه ويثبت ما ادعاه من الحق ويثبت النسب أيضاً ضمناً.

والتناقض ليس بعفو في هذا النوع؛ لأنه في قوة دعوى المال؛ حتى لو قال: هذا ليس بأخي أو عمي أو ابن ابني أو ابن أخي أو ابن عمي أو خالي أو عمتي أو خالتي، ثم قال: هذا أخي أو عمي أو ابن ابني أو ابن عمي إلى غير ذلك.. لا يسمع، ولا تقبل بنيته؛ للتناقض.

بخلاف ما لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبين الجهة بأنه أخوه أو عمه ونحوهما.. يصح، وهذا التناقض لا يضر، ولا يمنع صحة الدعوى؛ لأن نفيه مطلق عن بيان الجهة، ودعواه مقيد ببيان الجهة، فلا تناقض بينهما في الحقيقة.

ولهذا: قال [٣٩٢/ب] في [....][(١)] و«الفصولين»: لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبيّن الجهة.. يصح، والتناقض في النسب: لا يمنع صحة الدعوى. انتهى.

يعني: مرادهما بالتناقض ههنا: هو التناقض بين النفي المطلق والدعوى المقيدة.

وأما التناقض بين النفي المقيد بجهة من جهات النسب، وبين الدعوى المقيدة بتلك الجهة التي نفاها.. فليس بعفو، بل هو معتبر مطلقاً في النوع الثاني من نوع النسب. كما في دعوى المال.

وبيان هذا: يتوقف على أربع مقدمات:

الأولى: أن البينة إذا قامت على خصم حاضر حقيقة أو حكماً.. تقبل، وإلا.. فلا.

الثانية: أن من ادعى على آخر دعوى، وأقام بينة؛ فإن كان المدعى عليه ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى.. تسمع دعواه وتقبل بينته؛ لأنها قامت

---

(١) بياض في المخطوط، لم أتبين ما هو.

على خصم حاضر؛ لأن كل من يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى: يصير خصماً له.

وإن كان ممن لا يصح إقراره له بذلك؛ فإن كان المدعى عليه ممن يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. تقبل البينة؛ كما لو ادعى رجل على امرأة أنه ابنها، وأنكرت، وأقام الرجل بينته.. قبلت؛ حتى إذا كان لها زوج.. يثبت نسبه منه.

ولو حضر الزوج بعده، وأنكر كون المدعي ابناً له.. لا ينفعه إنكاره؛ لأن البينة قامت على خصم حاضر؛ لأن المرأة وإن لم يصح إقرارها للمدعي بالولد في حق الزوج؛ لكونه إقراراً وحملاً للنسب على الغير، لكن يتصور منها ما هو سبب ثبوت البنوة وهو الولادة؛ فإن ولادتها تكون سبباً لثبوت نسب الولد منها؛ كما في ولد الملاعنة والزنا؛ فكأن المدعي ادعى عليها أنها ولدته، فكانت خصماً له.. فتقبل بينته.

وإن كان المدعى عليه ممن لا يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. فلا تقبل البينة عليه؛ كما في دعوة الأخوة والعمومة وبنوة الابن والأخ والعم ونحوها.. فإن المدعى عليه فيها: لا يصح إقراره للمدعي؛ لكونه إقرار النسب على الغير، وليس ممن يتصور منه إثبات سبب ما وقع فيه الدعوى.. فلا تقبل البينة عليه أيضاً، إلا أن يدعى منها حقاً لنفسه.. فحينئذٍ: يصح الإقرار وتقبل البينة.

الثالثة: أن الإقرار على الغير: لا يصح، وعلى نفسه: يصح.

الرابعة [٣٩٣/أ]: أن كل ما يجري فيه الخفاء.. فالتناقض فيه عفو، وما لا.. فلا.

إذا عرفت هذه المقدمات.. فاعلم: أنه إذا ادعى رجل على رجل أنه ابنه أو أبوه؛ فإن أقر المدعى عليه بذلك وصدقه.. يصح إقراره؛ لأنه إقرار على نفسه فيصح بناء على المقدمة الثالثة.

وإن أنكر، وأقام المدعي البينة.. قبلت بينته؛ ادعى مع ذلك حقاً لنفسه أو لم يدع؛ لأنها قامت على خصم حاضر.

أما على المقدمة الأولى: فلأن المدعي يدعي عليه فعلاً - وهو إيلاده - فيصح خصماً له.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى، وهو الأبوة والبنوة؛ لأنه إقرار على نفسه.. فيصلح خصماً له.

وكذا الحال في دعوى الزوجية من الرجل أو المرأة: في صحة الإقرار بها وقبول البينة بلا دعوى حق.

وكذا.. دعوى ولاء العتاقة أو الموالاة.

بخلاف دعوى الأخوة؛ فإنه لو ادعى على رجل أنه أخوه؛ فإن ادعى أخوة مجردة.. لا يصح الإقرار بها؛ لكونه إقراراً على الغير في الأب، ولا تقبل البينة عليها أيضاً؛ لعدم قيامها على خصم حاضر.

أما على المقدمة الأولى: فلأن الحاضر لا يصلح خصماً له في إ ثبات الأخوة، وإنما الخصم له: هو الأب، وهو غائب؛ لأن نسب أحد الأخوين لا يثبت من الآخر؛ لعدم الأولوية، بل ثبت من الأب.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه الحاضر: ممن لا يصح إقراره للمدعي بالأخوة؛ لكونه إقراراً على الغير، فلا يكون خصماً له.

وإن ادعى مع الأخوة حقاً لنفسه من الإرث أو النفقة.. تسمع دعواه وتقبل بينته.

أما على المقدمة الأولى: فلأن المدعى عليه حينئذ: يصلح خصماً له فيما يدعيه لنفسه من الحقٰ، فيصلح خصماً له في دعوى الأخوة أيضاً؛ لأن ما يدعيه لنفسه من

وَمن مَاتَ أَبوهُ فأَقرَّ بِأَخ.. شَارَكَهُ فِي الْإِرْثِ وَلَا يثبتُ نسبُهُ.

الحق لا يتوصل إليه إلا بإثبات النسب من الأبوين، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إنكار النسب، فتقبل البينة، ويصير الغائب مقضياً عليه أيضاً بهذه البينة.

حتى لو حضر بعد ذلك، وأنكر كون المدعي ابنه.. لا ينفعه إنكاره، بل يثبت نسبه منه؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب المالك لها، وأنكر ذو اليد، فأقام المدعي بينة.. قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على [٣٩٣/ب] الحاضر والغائب معاً؛ حتى لا يحتاج إلى إعادة البينة عند حضور الغائب.

وأما على المقدمة الثانية: فلأن المدعى عليه حينئذ: ممن يصح إقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى، فيكون خصماً له.. فتقبل البينة عليه.

وكذا الحال فيما إذا ادعى على آخر أنه عمه أو ابن عمه أو خاله أو ابن خاله. ونحوها.

(**ومن مات أبوه فأقرّ بأخ.. شاركه في الإرث**) إن صدقه المقر له، وإلا.. فلا.

(**ولا يثبت نسبه**) منه؛ لما تقدم: من أن فيه حملاً للنسب وإقراراً به على الغير.. فلا يقبل.

بخلاف إقراره بالمال.. حيث يقبل ويلزمه المال؛ فإنه إقرار على نفسه، فيقبل.. فيشاركه ما في يده؛ كمشتر أقر على البائع أنه أعتق العبد المشتري قبل البيع.. فإنه لم يقبل في حق البائع؛ حتى لا يرجع عليه بالثمن، ويقبل في حق نفسه؛ حتى يعتق العبد عليه.

فإذا قبل إقراره في حق نفسه.. يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً. عندنا.

خلافاً لابن أبي ليلى ومالك؛ فيما إذا كان المقر: أحد الابنين، وأقر بأخ ثالث، وأنكره الآخر.. فإنهما يقولان: يعطى للمقر له ثلث ما في يده؛ لأن المقر: أقر له بثلث شائع في النصفين.. فنفذ في حصته وبطل في حصة الأخ؛ فيكون له: ثلث ما في يده -

وَلَو كَانَ لأبيهما الْمَيِّتِ دَينٌ على شخصٍ فأَقرَّ أَحدُهُمَا بِقَبضِ أَبِيه نصفَه.. فالنصفُ الْبَاقِي للْآخرِ، وَلَا شَيْءَ للْمقِرِ.

وهو سدس جميع المال - والسدس الآخر في نصيب الأخ.. فبطل إقراره فيه.

(ولو كان لأبيهما الميت دين)؛ يعني: لو مات وترك ابنين له وله دين (على شخص، فأقر أحدهما) - أي: أحد الابنين - (بقبض أبيه نصفه.. فالنصف الباقي للآخر، ولا شيء للمقر)؛ لأن الإقرار باستيفاء الدين: إقرار بالدين على الميت؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيكون المقبوض غير الدين، فيكون مضموناً على القابض ديناً في ذمته.

ثم يتقاصّان؛ فإذا كذبه أخوه.. لا يصدق عليه، فينفذ في حقه خاصة، فوجب على الميت النصف المقبوض على زعمه.

والدين: مقدم على الميراث، فاستغرق نصيبه، فلا يأخذ من النصف الآخر شيئاً، وإن تصادقا على أن ذلك النصف مشترك بينهما من تركة أبيهما؛ كما إذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه؛ وذلك لأن المقر: لو رجع على أخيه بشيء.. لرجع أخوه على الغريم؛ لزعمه: أن أباه لم يقبض منه شيئاً، وله تمام النصف، ثم رجع الغريم على [٣٩٤/أ] المقر؛ لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث.. فيؤدي إلى الدور.

قال في نوع من شهادات «البزازية»: مات الرجل عن ورثة، فأقر وارثاه بدين على الميت لرجل، ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل أن يلزم القاضي بإقرارهما الدين في حصتهما من التركة.. تقبل؛ لأن بمجرد إقرارهما قبل القضاء عليهما: لا يحل الدين في قسطهما.

وإن قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا به له عليه.. لا يقضي بشهادتهما؛ لأنهما يريدان أن يحولا بعض ما لزمهما على باقي الورثة، فكانت جر مغنم ودفع مغرم.

وفيه إشكال، وذلك أن الدين لما لم يلزم على نصيبهما بإقرارهما.. فكيف يصح للقاضي أن يقضي بالدين عليهما في نصيبيهما؟

قلنا: الديون تقضى من أيسر المالين قضاء، وحصتهما أيسر الأموال قضاء؛ لإنكار سائر الورثة الدين وعدم البينة للمدعي. انتهى.

هكذا ذكره.

ثم قال في أواخر كتاب الدعوى: إن كان في الورثة صغير.. لا يصح إقرار الكبار بالدين في حق الصغير، ولا بد من البرهان حتى يظهر في حق الصغير أيضاً؛ فإن أقر أحد الورثة.. يلزمه في حصته حتى يستغرق.

قال الفقيه: وهو القياس، وبه أخذ علماؤنا.

لكن الاختيار عندي: أن يؤخذ ما بحقه من الدين.

وهو قول الشعبي والثوري وابن أبي ليلى والشافعي. وأنه أبعد من الضرر وأقرب إلى الصواب.

قال شمس الأئمة: مما يحفظ: أن الدين لا يحل بمجرد الإقرار، وإنما يحمل بالقضاء.

وعلم ذلك: بمسألة ذكرها في «الزيادات»: أن الوارث المقر بالدين: إذا شهد مع رجل آخر بالدين على الميت.. تقبل، ولو كان حل في حصته بالإقرار.. لما قبل؛ لما فيه من دفع المغرم.

وقال في التاسع والثلاثين من «العمادية»: ولو أن الوارث لم يقر بالدين على مورثه، وعجز المدعي عن إقامة البينة.. فإنه يحلف الوارث على العلم؛ فإن حلف.. اندفعت الخصومة عنه.

فإن نكل.. يستوفي الدين من نصيبه في ظاهر الرواية.

وقال الفقيه أبو الليث: وعندي: يؤخذ من المقر والناكل ما يخصه من الدين.

وهذا القول أعدل وأحسن وأبعد عن الضرر. انتهى.

* * *

(كتاب الصلح)

(كتابُ الصُّلْحِ)

هُوَ عقدٌ يرفعُ النِّزاعَ.

وَيجوزُ مَعَ إِقْرَارٍ وسكوتٍ وإِنكارٍ.

(كِتَابُ الصُّلْحِ)

(هو): **في اللغة**: اسم المصالحة خلاف المخاصمة.

وفي الشرع [٣٩٤/ب]: (**عقد يرفع النزاع**).

وركنه: الإيجاب والقبول.

وشرطه: العقل، وكون المصالح عنه حقاً للمصالح ثابتاً في المحل، وكون البدل معلوماً إن احتيج إلى القبض أو منفعة.

ولا يشترط: البلوغ؛ حتى يجوز عن صبي مأذون يعقل أنه: جالب للنفع دافع للضرر.

ولا الحرية؛ حتى يجوز عن عبد مأذون ومكاتب.

(**ويجوز مع إقرار وسكوت وإنكار**)؛ لأن الخصم وقت الدعوى؛ إما أن يسكت، أو يتكلم مجيباً بالإنكار أو بالإقرار.. وكل ذلك جائز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ فإنه وإن وقع في سياق الزوجين في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، إلا أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولأن قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ ذكر للتعليل، فيكون عاماً؛ لأن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة.. يتبعها حكمها.

ولما صححه الترمذي عن عمرو بن عوف رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «كل صلح جائز فيما بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»

وقال الشافعي: لا يجوز مع إنكار أو سكوت؛ لأنه صلح أحل حراماً وحرم حلالاً، وذلك حرام.. فلا يجوز، لما روينا.

فَالْأَولُ: كَالْبيع إِنْ وَقعَ عَن مَالٍ بِمَالٍ، ....

قلنا: تأويله: أحل حراماً لعينه؛ كالخمر، وحرم حلالاً لعينه؛ كالصلح على أن: لا يطأ الضرة أو لا يتسرى، والحمل على ذلك: واجب؛ لئلا يبطل العمل به أصلاً؛ وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة.. لكان كالصلح على غير الإقرار؛ لأن الصلح في العادة: لا يكون إلا على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق.. كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح، وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله، وحل بعده، فالصلح على الإقرار: يكون سبباً لحرمة الحلال وحل حرام كالصلح على غيره.

فعرفنا: أن المراد بذلك: ما كان حلالاً أو حراماً لعينه، ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة، فكان كالصلح مع الإقرار.. فيقضى بجوازه؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع؛ لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه، وهذا أمر مشروع، والمدعى عليه: يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضاً؛ لأن المال وقاية الأنفس.

وهل يلزم أن يكون الصلح عن إنكار بعد دعوى صحيحة؟

قال في «الأشباه» نقلاً عن «القنية»: الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة: فاسد.

فعلم منه: أن يكون [٣٩٥/أ] بعد دعوى صحيحة.

فإن قيل: يخالفه ما ذكر في «الهداية» في مسائل شتى من القضاء: أن الصلح على إنكار: جائز بعد دعوى مجهولة.

فالجواب: أنّ فاسد الصلح في مسألة «القنية» بسبب مناقضة المدعي، لا لترك شرط الدعوى، فيحمل كلام صاحب «الهداية» على الثاني. كذا في «الأشباه».

(**فالأول: كالبيع إن وقع عن مال بمال**)؛ لوجود معنى البيع فيه؛ لأن معنى البيع: مبادلة مال بمال بتراضيهما، وهو متحقق في الصلح عن إقرار وكان عن مال بمال.

ولكن هذا: ليس على إطلاقه، بل إن وقع على خلاف جنس المدعى به.

فَتثبتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَخِيَارُ الرُّؤْيَة وَالشَّرْط.

ويُفْسِدُه: جَهَالَةُ الْبَدَلِ لا جَهَالَةُ الْمصَالَحِ عَنهُ.

وأما إن وقع على جنسه.. فينظر؛ فإن كان أقل من المدعى.. فهو حطّ وإبراء، وإن كان بمثله.. فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه.. فهو فضل وربا. كذا في «الزيلعي».

قال في «الأشباه»: الصلح عن إقرار: بيعٌ، إلا في مسألتين:

الأولى: ما إذا صالح من الدين على عبد وقبضه.. ليس له أن يبيعه مرابحة بلا بيان.

الثانية: لو تصادقا على أن لا دين عليه.. بطل الصلح، وفي الشراء بالدين.. لا. انتهى.

(**فتثبت فيه**)؛ أي: إذا تحقق فيه معنى البيع.. تثبت فيه (**الشفعة**) إن كان ذلك الصلح في العقار؛ بأن كانت الدعوى في دار في يد رجل قد أقر له بها، فصالح المدعي على مال معين دفعه إليه؛ فهذا في المعنى: بيع، فللجار أن يطلب الشفعة فيها.

(**والرد بالعيب**)؛ بأن كان بدل الصلح عبداً مثلاً، فوجد المدعي فيه عيباً.. له أن يرده؛ لأنه اعتبر بيعاً.

(**وخيار الرؤية**)؛ بأن لم ير المصالح بدل الصلح وقت الصلح، ثم رآه.. فله الخيار؛ كما في شراء ما لم يره.

(**والشرط**) إذا شرط أحدهما ثلاثة أيام.. جاز له ذلك؛ كما في البيع؛ وهذا لأن هذا الأحكام من أحكام البيع، فتجري فيما كان في معنى البيع من العقود كما فيما نحن فيه.

(**ويفسده**)؛ أي: القسم الأول من الصلح (**جهالة البدل لا جهالة المصالح عنه**)؛ لأنه لما اعتبر بيعاً.. يفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم، غير أن المصالح

وتشترطُ الْقُدْرَةُ على تَسْلِيمِ الْبَدَلِ، وَإِن اسْتحقَّ بعضُ الْمصَالَحِ عَنهُ أَو كُلُّه.. رَجَعَ بِكُلِّ الْبَدَلِ أَو بعضِهِ.

وإِنْ اسْتحقَّ بعضُ الْبَدَلِ، أَو كُلُّه.. رَجَعَ بِكُلِّ الْمصَالَحِ عَنهُ أَو بعضِهِ.

وإِنْ وَقَع عَن مالٍ بِمَنْفَعَةٍ.. اعْتبر إِجَارَةً، ....

عنه: لا يحتاج فيه إلى التسليم.. فلا تضره الجهالة؛ لعدم إفضائه إلى النزاع.

وبدل الصلح يحتاج إلى التسليم.. فيفسده الجهالة؛ لإفضائه إلى النزاع.

(وتشترط القدرة على تسليم البدل) لا على تسليم المصالح عنه؛ لعدم لزوم التسليم [٣٩٥/ب] فيه.

بخلاف البدل؛ لأن التسليم لازم فيه، فيشترط القدرة عليه أيضاً؛ لئلا يفضي إلى تكليف ما لا يطاق.

(وإن استحق)؛ أي: في يد المدعى عليه (بعض المصالح عنه أو كله.. رجع)؛ أي: المدعى عليه على المدعي (بكل البدل أو بعضه).

(وإن استحق)؛ أي: في يد المدعي (بعض البدل أو كله.. رجع)؛ أي: المدعي على المدعى عليه (بكل المصالح عنه أو بعضه)؛ وهذا، لأن كل واحد منهما: عوض عن الآخر، فأيهما استحق عليه ما أخذه.. رجع بما دفعه؛ إن كلًّا.. فيرجع بالكل، وإن بعضاً.. فيرجع بالبعض بحصته؛ لأنه حكم المعاوضة.

(وإن وقع)؛ أي: الصلح مع الإقرار (عن مال بمنفعة.. اعتبر إجارة)؛ كما إذا ادعى داراً، فصالحه على خدمة عبده أو ركوب دابته أو سكنى داره ولبس ثوبه أو زراعة أرضه.. كل ذلك: سنة مثلاً.. جاز الصلح؛ لأن هذه المنافع يجوز استحقاقها بعقد الإجارة، فيجوز استحقاقها بعقد الصلح أيضاً؛ اعتباراً للصلح مع الإجارة.

وهذا، لأن الأصل في الصلح: أن يحمل على أشبه العقود به، فتجري عليه أحكامه؛ لأن العبرة: للمعاني دون الصور، ولهذا.. جعلت الهبة بشرط العوض: بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل: كفالة،

فَيشْتَرطُ فِيهِ التَّوْقِيتُ، وَيبْطلُ بِمَوْتِ أَحدِهِمَا.

فأشبه العقود للصلح الواقع على هذه المنافع: عقد الإجارة، فيحمل عليها؛ لأن الإجارة تمليك المنافع، فكذا الصلح على هذه الأشياء؛ كما أن أشبه العقود للصلح الواقع على مال عن مال: هو البيع. على ما مر.

هذا فيما وقع الصلح عن مال بمنفعة.

وإن وقع هذا الصلح عن منفعة بمال.. اعتبر إجارة أيضاً. على ما سيأتي بيانه في أول الفصل الأول.

فإذا اعتبر إجارة.. (**فيشترط فيه التوقيت**) كما اعتبر في الإجارة؛ حتى لو قال: صالحت على خدمة عبده أو ركوب دابته أبداً أو حتى يموت.. بطل الصلح، كما بطل الإجارة؛ لجهالة المدة.

وهذا فيما يحتاج إلى التوقيت.

وأما إذا لم يحتج إليه.. فلا يشترط فيه التوقيت؛ كما لو وقع الصلح على مال على نقل هذا الشيء من هنا إلى ثمة.

(**ويبطل**)؛ أي: الصلح عن مال بمنفعة: (**بموت أحدهما**)؛ أي: في المدة التي وقت بها.

قال في «الكفاية شرح الهداية»: إن اعتبار الصلح عن مال بمنفعة بالإجارة على الإطلاق.. إنما هو على قول محمد؛ حتى فسد الصلح بهلاك المدعي أو المدعى عليه أو محل المنفعة؛ سواء [٣٩٦/أ] هلك بنفسه أو أتلفه أحد وضمن قيمته إن كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدعي على جميع دعواه، إلا إذا استوفى شيئاً من المنفعة.. فتبطل دعواه بقدر ما استوفاه.

وهذا، لأن محمداً جعل هذا الصلح: بمنزلة الإجارة، والإجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر وهلاك محل المنفعة مطلقاً.. فكذلك الصلح.

والأَخيرانِ: مُعَاوضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي، وَفِدَاءُ الْيَمينِ وَقطعُ الْمُنَازعَةِ فِي حقِّ الآخرِ، ....

وعند أبي يوسف: ليس كالإجارة من كل وجه؛ فإنه يقول: لو مات المدعى عليه.. لا يبطل الصلح، والمدعي يستوفي جميع المنفعة كما في حياته.

ولو مات المدعي.. فكذلك الصلح، بل قام الوارث مقامه في مثل خدمة العبد وسكنى الدار، ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب؛ لأن الصلح لقطع المنازعة، وفي إبطال الصلح بموت أحدهما: إعادة المنازعة.. فلا يبطل.

ولكن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس.. فلا يقوم الوارث في مثلها مقام المورث؛ للضرر الذي يلحق المالك، فيفوت المعقود عليه.. فيبطل ضرورة.

(**والأخيران**)؛ أي: الصلح عن سكوت وإنكار: (**معاوضة في حق المدعي**)؛ لما ذكرناه: أن المدعي يأخذه عوضاً في زعمه.

(**وفداء اليمين وقطع المنازعة: في حق الآخر**)؛ أي: المدعى عليه؛ لأن في زعمه: أن لا حق عليه، وأن المدعي: مبطل في دعواه، وإنما دفع المال إليه؛ لئلا يحلف وليقطع الخصومة عن نفسه.

فإن قيل: كونه فداء لليمين وقطعاً للمنازعة: ظاهر في صورة الإنكار، وأما في السكوت.. ففيه خفاء.

أجيب: بأنه لا خفاء فيه؛ لأن السكوت يحتمل الإقرار والإنكار، فجهة الإنكار راجحة؛ إذ الأصل: فراغ الذمم.. فلا تجب عليه بالشك، ولا يثبت به: كون ما في يده عوضاً.

فإن قيل: العقد الواحد كيف يجوز اتصافه بأمرين متقابلين؛ أعني: كونه معاوضة وكونه فداء لليمين؟

فَلَا شُفْعَةَ فِي دَارٍ صُولِحَ عَنْهَا مَعَ أَحدِهمَا.

وَتجبُ فِي دَارٍ صُولِحَ عَلَيْهَا.

وَمَا اسْتحقَّ من الْمُدَّعَى ....

أجيب: بأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما، وإنما لا يجوز في حق شخص واحد فقط، وهذا كما يختلف حكم الإقالة؛ فإنها: فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد: في حق ثالث.

وكعقد النكاح؛ فإن حكمه: الحل في حق امرأته، والحرمة المؤبدة في حق أمها.

وهل يصح الصلح بعد يمين المدعي؟

اختلفوا فيه:

قيل: يصح؛ دفعاً للنزاع.

وقيل: لا يصح؛ لأن اليمين بدل عن المدعى به؛ فإذا حلفه.. فقد استوفى البدل، فلا يصح.

(فلا شفعة في دار) [٣٩٦/ب] (صولح عنها مع أحدهما)؛ أي: مع الإنكار أو السكوت؛ لأن المدعى عليه إنما يستبقي الدار على ملكه ويدفع إلى المدعي مالاً لدفع الخصومة عن نفسه في زعمه.

والمرء إنما يؤاخذ بما في زعمه لا في زعم غيره.

ولا شراء في زعمه حتى تثبت الشفعة، بل استيفاؤها على ملكه كما كان.

(وتجب)؛ أي: الشفعة (في دار صولح عليها)؛ لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال في زعمه، فكان معاوضة في حقه.. فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه؛ فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر.

(وما استحق من المدعى) على صيغة المفعول، وما وقع في أكثر الكتب «المدعى به» بحرف الجر: سهو؛ لما في «المغرب»: يقال: ادعى زيد على عمرو

كُلًّا أَو بَعْضاً.. يَرُدُّ الْمُدَّعِي حِصَّتَهُ مِنَ الْبَدَلِ، وَيرجِعُ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ.

وَمَا اسْتحقَّ مِنَ الْبَدَلِ بَعْضاً أَو كلًّا.. يرجُع الْمُدَّعِي إِلَى دَعْوَاهُ فِي قدرِهِ.

مالاً.. فزيد: المدعي، وعمرو: المدعى عليه، والمال: المدعى، والمدعى به: لغو. انتهى.

(كلًّا أو بعضاً.. يرد المدعي حصته من البدل)؛ يعني: إذا ادعى داراً في يد آخر، وصولح على مال عن إنكار أو سكوت، ثم استحق الدار كلها أو بعضها.. يرد ما أخذه من المال كله أو بعضه بقدر حصة المستحق إلى المدعى عليه؛ لأن، المدعى عليه: ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه؛ فإذا ظهر الاستحقاق.. ظهر أن لا خصومة له، فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه، فيسترده؛ كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل على غرض دفعه إلى رب الدين، ثم أدى بنفسه قبل أداء الكفيل.. فإنه يسترده؛ لعدم اشتماله على غرضه.

ونوقض هذا: بما إذا ادعى داراً، وأنكر المدعى عليه، ودفع المدعي إلى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار، ثم استحقت.. فإنه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع؛ مع أنه بظهور الاستحقاق.. تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة.

وأجيب: بأن المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة؛ فإذا استحقت.. زالت الضرورة الموجبة لذلك؛ لانتفاء الخصومة، فيرجع على الآخذ.

وأما المدعي.. فإنما دفع باختياره، ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق، فلا يسترده.

(ويرجع)؛ أي: يرجع المدعي على المستحق: (بالخصومة فيه)؛ أي في دعواه؛ لأن المستحق قائم مقام المدعى عليه بعد الاستحقاق؛ لكونه ذا يد للمدعي.

(وما استحق من البدل بعضاً أو كلًّا.. يرجع المدعي) على المدعى عليه (إلى دعواه في قدره) [٣٩٧/أ]؛ أي: في قدر المستحق؛ إن كلًّا.. فكلًّا، وإن بعضاً.. فبحصّته.

وهلاكُ الْبَدَلِ قبلَ التَّسْلِيمِ: كاستحقاقه فِي الْفَصْلَيْنِ.

(**وهلاك البدل**)؛ أي: بدل الصلح (**قبل التسليم**)؛ أي: إلى المدعي (**كاستحقاقه في الفصلين**)؛ أي: في فصل الإقرار والإنكار، والسكوت داخل في الإنكار على ما مر؛ فإذا كان كاستحقاقه.. يبطل به الصلح؛ لأن هلاك البدل في البيع: يبطل البيع؛ فكذا هذا.

وهذا في فصل الإقرار ظاهر؛ لأنه بيع حقيقة على ما مر.

وأما في فصل الإنكار والسكوت: فلأنه بيع في حق المدعي - على ما مر أيضاً- فيبطل بهلاكه؛ فلو هلك كله.. يكون كاستحقاق كله، فيرجع بكله على المدعى عليه.

ولو هلك بعضه.. يكون كاستحقاق بعضه، فيرجع بحصته.

وهذا فيما إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين.

وإن كان مما لا يتعين بالتعيين؛ كالدراهم والدنانير.. لا يبطل الصلح بهلاكه؛ لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ، فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما، وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة، فلا يتصور فيه الهلاك، ولهذا.. لم يشترط قبض البدل في المجلس.

قال في «الخلاصة»: الصلح؛ إن كان عن دعوى في محدود، فصالحوا على دراهم أو دنانير، أو كيلي كالحنطة والشعير، أو وزني كالحديد والصُّفْر.. لا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس.

ثم في المكيل والموزون: إذا كانا معيَّنَين وأضاف العقد إليهما، أو غائبين لكنهما في ملك المدعى عليه.. صح الصلح، ويقع على ما يسمى من الكيلي والوزني.

ولو أشار إليهما ولم يسم الكيل والوزن.. جاز الصلح ويتعين ذلك الذي أشير إليه في العقد.

وَلَو صَالحَ على بعضِ دَارٍ يدَّعيها.. لَا يَصحُّ.

وإن كان موصوفاً في الذمة.. فالشرط: بيان القدر والوصف، والأجل ليس بشرط، ولو بين الأجل.. ثبت.

ولو كان البدل دراهم.. يحتاج إلى بيان القدر دون الصفة.

ويقع على نقد البلد إن ذكر الدراهم والدنانير مطلقاً، وإن اختلف.. فعلى الأغلب، وإن استوت.. لم يجز حتى يبين.

ويجوز الصلح عليهما: حالَّة ومؤجلة. هذا إذا كانت الدراهم غير معينة.

فإن كانت معينة.. جاز، ولا حاجة إلى بيان القدر والوصف، لكن لا يتعلق العقد بعينهما. انتهى.

(**ولو صالح على بعض دار يدعيها.. لا يصح**)؛ لأن ما قبضه: بعضُ حقه، وهو على دعواه في الباقي، وتقبل بينته فيه؛ لأنه استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل، فكان وجوده وعدمه سواء، والإبراء إنما يصح: في الدين [٣٩٧/ب] والدعوى. هذا هو المذكور في أكثر الكتب. واختاره في «الهداية».

وذكر شيخ الإسلام: أنه لا يسمع دعواه في الباقي، ولا تقبل بينته.

وقال صاحب «النهاية»: إنه ظاهر الرواية.

ووجهه: أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى: صحيح.

فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين.. صح، ولو ادعاه بعد ذلك.. لم تسمع.

وإنما قيد بقوله: «على بعض دار يدعيها»؛ لأن الصلح لو كان على بيت معلوم من دار أخرى.. صح؛ لكونه حينئذ بيعاً.

وكذا.. لو كان على سكنى بيت معين من غيرها؛ لكونها إجارة، حتى شرط: كون المدة معلومة.

وحيلتُهُ: أَنْ يزِيدَ فِي الْبَدَلِ شَيْئاً، أَو يَبْرأَ عَن دَعْوَى الْبَاقِي.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: ولو كانت الدعوى في دار، فصالحه على بيت منها أو من غيرها.. يجوز. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا إنما يستقيم على ظاهر الرواية من أنه لا يسمع دعواه في الباقي، ولا تقبل بينته؛ بناء على: جواز الصلح على بعض المدعى، لا على ما اختاره المصنف.

(**وحيلته**)؛ أي: حيلة تصحيح الصلح على بعض دار يدعيها: أمران:

أحدهما: ما ذكره بقوله: (**أن يزيد في البدل شيئاً**) كدرهم أو غيره؛ ليصير ذلك الشيء عوضاً عن حقه فيما بقي.

أطلق البدل ولم يقيده بلزوم أخذه، وهو مقيد به؛ لما ذكره في التاسع من دعوى «البزازية» في هذه المسألة: إنه لو شرط المدعي مع بعض الدار الذي وقع الصلح عليه: دراهم معلومة، فدفعه المدعى عليه إليه؛ فإنه حيلة تنقطع بها دعواه؛ لأنه لما أخذ بعض حقه من الدار.. فقد جعل بإزاء الباقي دراهم وباعه له منه واستوفى منه البدل، فتنقطع الدعوى. انتهى.

ونظير هذا: ما إذا ادعى على أخيه نصف ما في يده بحكم الميراث، وأنكره الأخ، وصالح على بعضه ثم برهن على الميراث.. لا تصح دعواه، ولا يقبل برهانه، ولا يأخذ باقي حصته؛ لأن الصلح قد صح لزعم المدعي: أن ما أخذه بعض ملكه، وبعضه ملك المدعى عليه، وما ترك في يد المدعى عليه: فبعضه ملكه، وبعضه ملك المدعى عليه.. فيكون ما أخذ من ملك المدعى عليه [عوضاً] عما ترك في يد المدعي عليه. كذا في التاسع من دعوى «البزازية».

والثاني: ما ذكره بقوله: (**أو يبرأ**): من البراءة، لا من الإبراء. على ما سيظهر لك وجهه.

(**عن دعوى الباقي**)؛ بأن يقول: برئت من هذه الدار، أو من دعواي في هذه الدار.. فإنه يصلح؛ لمصادقة البراءة بالدعوى وهو صحيح؛ حتى [٣٩٨/أ] لو ادعى

بعد ذلك وجاء ببينة.. لم تقبل.

بخلاف ما لو قال: أبرأتك عن دعواي أو خصومتي في هذه الدار.. حيث يكون باطلاً، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك.

والفرق بين البراءة والإبراء:

أنّ أبرأتك: إنما يكون إبراءً من الضمان لا من الدعوى.

وقوله: برئت: يكون براءة من الدعوى. على ما نقله في «النهاية» عن «الذخيرة»، وعزاه في «العناية» إلى القوم.

وقال في «البزازية»: لو قال أبرأتك من هذا العبد.. له أن يدعيه بعده؛ لأنه إبراء عن الضمان الواجب، فيبقى أمانة في يده.. فتصح دعواه بعده حال قيام العين واستهلاكه لا حال هلاكه.

ولو قال: برئت من هذا العبد أو العين.. لا تصح دعواه بعده مطلقاً. انتهى.

وهل يصح الإبراء في ضمن عقد فاسد، أم لا بد له من عقد صحيح؟

قال في «البزازية»: إذا جرى الصلح بين المتداعيين وكتب الصك، وفيه أبرأ كل منهما الآخر عن دعواه أو كتب وأقر المدعي: أن العين للمدعى عليه، ثم ظهر فساد الصلح بفتوى الأئمة، وأراد المدعي العود إلى دعواه.. قيل: لا يصح الإبراء السابق.

والمختار: أنه يصح الدعوى والإبراء والإقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى؛ لأن بطلان المتضمن يدل على بطلان المتضمن.

ولدفع هذا: اختار أئمة خوارزم: أن يحرر الإبراء العام في وثيقة الصلح بلفظ يدل على الاستيثاق؛ بأن يقر الخصم بعد الصلح ويقول: أبرأته إبراءً عاماً غير داخل تحت الصلح، أو يقر بأن العين له إقراراً غير داخل تحت الصلح ويكتبه كذلك؛ فإن كان حاكماً؛ لو حكم ببطلان هذا الصلح.. لا يتمكن المدعي من إعادة دعواه، والحيلة لقطع الخصومة حسنة. انتهى.

* * *

(فَصْلٌ)

يجوزُ الصُّلْحُ عَن مَجْهُولٍ.

وَلَا يجوزُ إِلّا على مَعْلُوم، ....

(فَصْلٌ)

(**يجوز الصلح عن مجهول، ولا يجوز إلا على معلوم**) أطلقه.

وفيه تفصيل: وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه:

١- إما أن يكون: عن معلوم على معلوم، وهو جائز لا محالة.

٢- وإما أن يكون: عن مجهول على مجهول؛ فإن لم يحتج فيه التسليم والتسلم؛ مثل: أن يدعي حقاً في دار رجل، وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي، فاصطلحا على ترك الدعوى.. جاز.

وإن احتيج فيه إلى التسليم والتسلم، وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه: على أن يترك [٣٩٨/ب] الآخر دعواه، أو على أن يسلم إليه ما ادعاه.. لم يجز.

٣- وإما أن يكون: عن مجهول على معلوم، وقد احتيج فيه إلى التسليم؛ كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه، فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه ما ادعاه.. وهو لا يجوز.

وإن لم يحتج فيه إلى التسليم؛ كما إن اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه.. جاز.

٤- وإما أن يكون: عن معلوم على مجهول، وقد احتيج فيه إلى التسليم والتسلم.. لا يجوز.

وإن لم يحتج إليه.. جاز.

والأصل في ذلك كله: أن الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم

فَيجوزُ عَن دَعْوَى المَالِ، وَالْمَنْفَعَةِ، ....

والتسلم: هي المفسدة؛ فما لا يجب فيه التسليم والتسلم.. جاز، وما وجبا فيه.. لم يجز مع الجهالة؛ لأن القدرة على تسليم البدل: شرط؛ لكونه في معنى البيع. كذا في «العناية».

ولا يخفى عليك: أن المراد بالمجهول ههنا: هو الدعوى المجهولة، وإلا.. فالصلح عن الأعيان المجهولة: لا تصح. (**فيجوز**)؛ أي: الصلح (**عن دعوى المال**)؛ لأنه في معنى البيع في حقهما إن وقع عنه بمال عن إقرار، أو في حق المدعي وحده إن وقع عنه بمنافع، وكلّ ذلك: جائز. على ما سبق.

أطلق.. فشمل ما بعد حلف المدعى عليه.

قال في «الأشباه»: يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعاً للنزاع: بإقامة البينة، ولو برهن المدعي بعد هذا الصلح على أصل الدعوى.. لم يقبل، إلا في صلح الوصي عن مال اليتيم على إنكار: إذا صالح على بعضه، ثم وجد البينة.. فإنها تقبل.

ولو بلغ الصبي فأقامها.. تقبل أيضاً، ولو طلب يمينه.. لا يحلف، كذا في «القنية». من آخر كتاب الصلح.

(و) يجوز أيضاً عن دعوى (**المنفعة**)؛ فيكون بمعنى الإجارة؛ سواء وقع عنها بمال أو بمنافع أخرى؛ لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الإجارة.. فكذا بعقد الصلح أيضاً.

ألا ترى: أنه إذا أوصى سكنى داره أو خدمة عبده، فمات، وادعى الموصى له السكنى أو الخدمة، فصالح الورثة مع الموصى له على مال أو منفعة.. جاز ذلك، فكذا هذا.

لكن إنما يجوز الصلح على «المنفعة عن المنفعة»: إذا كانا مختلفي الجنس؛ بأن صالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الأرض أو لبس الثياب.

وَالْجِنَايَةِ فِي النَّفْسِ وَمَا دونَهَا؛ عمداً أَو خطأً.

وأما إذا اتحد الجنسان؛ كما إذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة.. فلا يجوز؛ لأنه لا يجوز استئجار [٣٩٩/أ] المنفعة بجنسها من المنافع. فكذا الصلح.

وعند اختلاف الجنس.. يجوز استئجارها بالمنفعة. فكذا الصلح.

قال في «الأشباه»: الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة، كما في «المستصفى». انتهى.

لكنه صرح في «البحر» خلافه. فارجع إليه.

(و) يجوز أيضاً عن دعوى (**الجناية في النفس وما دونها، عمداً أو خطأً**).

أما الأول؛ فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾؛ لأنها نزلت في الصلح عن دم العمد؛ على ما روي عن ابن عباس والحسن والضحاك رضي الله عنهم.

ومعناها: من بذل له بدل أخيه المقتول مال.. فلولي القتيل اتباع؛ أي: قبول بالمعروف؛ أي: بالمجاملة وحسن المعاملة، وذلك لا يكون إلا بالصلح، ولأن القصاص حق ثابت في المحل في حق الفعل، فيكون المحل مملوكاً له في حق إقامة العقل قبل الفعل، فجاز أخذ العوض عنه.. فصار هو: بمنزلة النكاح من حيث إن كلًّا منهما: مبادلة المال بغير المال، ومن حيث إن كلًّا منهما: لا يحتمل الفسخ بالتراضي.

حتى: أن كل ما يصلح مسمى في النكاح من مال معلوم أو منفعة معلومة من سكنى دار أو خدمة عبد مدة معلومة.. يصلح أن يكون بدلاً في الصلح عن دم العمد، إلا أن عند فساد التسمية في الصلح بجهالة فاحشة؛ كما إذا صالح على مال غير معلوم من الدابة أو الثوب أو غيرهما أو منفعة غير معنية من سكنى الأبد أو خدمة الأبد.

أو بتسمية ما ليس بمال متقوم؛ كما إذا صالح على خمر.. فإنه يصار إلى الدية في الأول؛ لكونها موجباً أصلياً في الدم.

ولا يجب عليه شيء في الثاني؛ لأنه لما لم يسم مالاً متقوماً.. صار ذكره والسكوت عنه سيّان.

ولو سكت.. بقي العفو مطلقاً، وفيه.. لا يجب، فكذا في ذكر غير متقوم.

وأما في النكاح.. فيجب مهر المثل في الفصلين؛ أي: فصل تسمية المال المجهول، وفصل تسمية الخمر؛ لأنه الموجب الأصلي في النكاح، ويجب مع السكوت عنه حكماً.

وأيضاً: أن ما هو أقل من عشرة دراهم يصلح بدلاً عن الصلح، ولا يصلح مهراً في النكاح.. فافترقا.

فإن قيل: إن الشفعة حق ثابت للشفيع في الدار المبيعة؛ كما أن القصاص حق ثابت لأولياء المقتول في القاتل، مع أن الصلح عن حق الشفعة على مال: لا يصح.

قلنا: إن حق الشفعة: حق التملك، وذلك ليس [٣٩٩/ب] بحق ثابت في المحل قبل التملك، فأخذ البدل فيه: أخذ مال في مقابلة ما ليس بثابت في المحل، وذلك رشوة: حرام.

وأما القصاص؛ فإنه حق ثابت في المحل في حق الفعل على ما ذكرناه، فكان أخذ العوض فيه أخذاً عما هو حق ثابت له في المحل فكان صحيحاً؛ فإذا لم يصح الصلح على مال في الشفعة.. بطلت الشفعة؛ لأنها تبطل بالإعراض والسكوت.

بخلاف الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته؛ فإنه وإن لم يصح لكون حصة الدار من الثمن مجهولاً.. لكن لا تبطل شفعته؛ لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة.

حتى لو صالح الكفيل مع المكفول له على مال ليخرج عن الكفالة.. لا يصح الصلح عليه، ولا يجب المال؛ كما لا يصح عليه في حق الشفعة.

إلا أن في بطلان الكفالة روايتين:

في رواية أبي حفص: تبطل، وبه يفتى على ما في «العناية».

وفي رواية أبي سلمان: لا تبطل.

وأما الثاني: وهو جناية الخطأ؛ فلأن موجبها المال، فيصير بمنزلة البيع، فيرجع إلى دعوى الأموال.. فيجوز الصلح فيه.

ثم الصلح فيه؛ إما أن يكون على أحد مقادير الدية: من مائة إبل أو مائة بقر أو ألف، أو لا.

والأول؛ إما أن يكون منفرداً أو منضماً إلى الصلح عن العمد؛ فإن كان منفرداً.. لا يصح بالزيادة على قدر الدية؛ لأنه مقدر شرعاً، والمقدر الشرعي لا يبطل، فيرد الزيادة.

بخلاف الصلح عن القصاص.. حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية؛ إذ ليس فيه تقدير شرعي حتى يكون الزيادة إبطالاً له، بل القصاص ليس بمال، فكان الواجب أن لا يقابله مال، ولكنه أشبه النكاح في تقومّه بالعقد، فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح.

وإن كان منضماً إلى العمد؛ كما إذا قتل عمداً وآخر خطأ، ثم صالح أولياؤهما على أكثر من ديتين.. فالصلح جائز، ولصاحب الخطأ الدية، وما بقي فلصاحب العمد؛ كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم، فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم.. فلصاحب الألف: ألفٌ، والباقي لصاحب الدينار؛ كما إذا صالح على مكيل أو موزون.. جازت الزيادة على قدر الدية؛ لأنه مبادلة بهما، إلا أن يشترط القبض في المجلس؛ لئلا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح.

وَعَنِ الرِّقِّ، وَكَانَ عتقاً بِمَالٍ وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ.

ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية [٤٠٠/أ]؛ مثل: إن قضى بمائة من الإبل، ثم صالح أولياء القتيل على أكثر من مائتي بقرة.. جاز؛ لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا الفعل، فكان ما يعطي عوضاً عن الواجب.. فكان صحيحاً.

بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء؛ لأن تراضيهما على بعض المقادير: بمنزلة القضاء في حق التعيين.

ولو قضى القاضي بأحد المقادير بزيادة على مقدار الدية.. لم يجز، فكذا هذا.

وما دون النفس معتبر بالنفس في العمد والخطأ.

ثم لا يختلف الحكم في هذه الأشياء: بين أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت على ما في «الزيلعي».

(**وعن**) دعوى (**الرق**)؛ يعني: ادعى على رجل مجهول الحال أنه عبده، فصالحه على مال أعطاه.. جاز.

(**وكان**) هذا الصلح (**عتقاً بمال**)؛ أي: في حق المدعي؛ لأن أقرب العقود إليه شبهاً هو العتق على مال، فيجعل بمنزلته؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه.

ولهذا.. صح على حيوان في الذمة إلى أجل.

ولو لم يكن على هذا الوجه، بل على طريق المعاوضة.. لما جاز هذا؛ لأن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة في المعاوضات، وأما في حق المدعى عليه: فيجعل لدفع الخصومة؛ لأنه يزعم أنه حر الأصل.

(**ولا ولاء**)؛ أي: للمدعي (**عليه**)؛ أي: على المدعى عليه؛ لأنه ينكر العتق ويزعم أنه حر الأصل، فلا يثبت عليه الولاء ولا يرثه، إلا أن يقيم المدعي البينة بعد

وَدَعوى الزَّوْجِ النِّكَاحَ، وَكَانَ خلعاً.

وَيحرُم عَلَيْهِ ديانَةً إِنْ كَانَ مُبْطِلًا.

وَلَو صالحها بِمَالٍ لتقرَّ لَهُ بِالنِّكَاحِ.. جَازَ، وتجعلُ زِيَادَة فِي الْمهْرِ لِأَنَّهَا تزْعُم أَنَّهَا زَوَّجَتْ نَفسهَا مِنْهُ ابْتِدَاءً بِالْمُسَمّى، وَهُوَ يزْعُم أَنَّه زَادَ فِي مهرِهَا.

ذلك.. فتقبل بيّنته في حق ثبوت الولاء له عليه لا غير، حتى لا يكون رقيقاً؛ لأنه صار معتقاً بالصلح، فلا يعود رقيقاً.

هذا في الصلح عن إنكار.

وإن كان عن إقرار.. يثبت الولاء للمدعي؛ لاعترافه بالرق.

(و) عن (**دعوى الزوج النكاح**)؛ أي: ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت، فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى.. جاز.

(**وكان خلعاً**) في حق الزوجة؛ لأن أقرب العقود إليه شبهاً: هو الخلع، فيحمل عليه؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه، وكان بذلاً للمال في حق المرأة دفعاً للخصومة؛ لأنها منكرة ذلك.

وإن أقام بعد ذلك على التزويج بينة.. لم تقبل؛ لأن ما جرى.. كان خلعاً في زعمه، ولا فائدة في إقامتها بعده.

(**ويحرم**) بدل الصلح (**عليه**)؛ أي: على المدعي ما أخذه من تلك المرأة (**ديانة إن كان مبطلاً**) في دعواه، إلا أن تسلمه بطيب من نفسها، فيكون تمليكاً على طريق الهبة.

وهذا عام في جميع أنواع الصلح. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

(**ولو صالحها**) [٤٠٠/ب]؛ أي: الزوج مع المرأة (**بمال**) أعطاها (**لتقر**) تلك المرأة (**له بالنكاح.. جاز وتجعل زيادة في المهر؛ لأنها تزعم: أنها زوجت نفسها منه ابتداءً بالمسمى، وهو يزعم: أنه زاد في مهرها**)، فيحمل على ما زعمه؛ لإمكان تصحيحه على هذا الوجه.

وَلَا يجوزُ إِنِ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ، وَقيل: يجوزُ.

وَلَا عَن دَعْوَى الحدِّ.

(**ولا يجوز إن ادعته**)؛ أي: النكاح (**المرأة**).

(**وقيل: يجوز**)؛ أي: إذا ادعت على رجل نكاحاً، فصالحها على مال بذله لها.. اختلف فيه المشايخ:

قيل: لا يجوز.

وقيل: يجوز.

وجه الأول: أنه بذل لها لترك الدعوى؛ فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة.. فلا عوض على الزوج في الفرقة؛ إذ لا يسلم له في هذه الفرقة شيء، وهي تسلم لها المال والنفس.

وإن لم يجعل فرقة.. فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى؛ لأن الفرقة لما لم توجد.. كانت دعواه على حالها؛ لبقاء النكاح في زعمها، فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض.. فكان رشوة.

ووجه الثاني: أن يجعل: كأن الزوج بإعطاء بدل الصلح زاد على مهرها، ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة.. فيسقط أصل المهر دون الزيادة.

(**ولا عن دعوى الحد**)؛ إذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر أو قاذفاً، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم، فصالحه المأخوذ على مال ليتركه.. فالصلح باطل، وله أن يرجع عليه بما دفعه من المال؛ لأن الحد حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير: لا يجوز.

ولهذا.. لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها؛ لأنه حق الولد لا حقها.

وكذا لا يجوز: صلح واحد من العامة عما أشرعه إلى طريق العامة؛ لأنه حق العامة لا حقه وحده، فلا يجوز أن يصالح واحد منهم على الانفراد عنه.

وَإِن قتلَ عبدٌ مَأْذُونٌ رجلاً عمداً، وَصَالحَ عَن نَفسِهِ.. لَا يجوزُ، بِخِلَاف صُلْحِهِ عَن نفسِ عبدٍ لَهُ قتلَ رجلاً عمداً.

ويدخل في إطلاق الحد: حد القذف أيضاً؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى، ولهذا.. لا يجوز عفوه، ولا يورث.

(**وإن قتل عبد مأذون رجلاً عمداً وصالح عن نفسه.. لا يجوز**)؛ سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن المأذون له: لا يجوز أن يتصرف إلا فيما هو من باب التجارة، ورقبته ليست حاصلة من تجارته، حتى لا يملك التصرف فيه بيعاً وإن جاز إجارة، فكذا: لا يملك استخلاصه بمال الولي، وهو كالأجنبي في حق نفسه؛ لأن نفسه مال الولي، والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بدون إذنه.. لا يجوز؛ فكذا هذا.

ثم صلحه هذا وإن لم يصح.. لكن ليس لمولى القتيل أن يقتله بعد الصلح؛ لأنه لما صالحه.. فقد عفا عنه ببدل، فصح العفو [٤٠١/أ] ولم يجب البدل في حق المولى، فتأخّر إلى ما بعد العتق؛ لأن صلحه عن نفسه صحيح؛ لكونه مكلفاً وإن لم يصح في حق المولى.. فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق، ولو فعل ذلك.. جاز الصلح، ولم يكن له أن يقتل، ولا أن يبيعه بشيء ما لم يعتق؛ فكذا هذا. كذا في «العناية».

(**بخلاف صلحه**)؛ أي: صلح العبد المأذون له (**عن نفس عبد له**)؛ أي: للعبد المأذون له (**قتل رجلاً عمداً**)؛ يعني: قتل عبدٌ للعبد المأذون له رجلاً عمداً، فصالح العبد المأذون له عنه.. جاز؛ سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن عبده من تجارته وكسبه، وتصرفه فيه نافذ بيعاً: فكذا استخلاصاً.

بخلاف تصرفه في نفسه.. فإنه غير نافذ؛ لما تقدم.

ومن الصلح الفاسد: ما ذكره في الثالث من صلح «البزازية»: صالح على دعوى عبد على غلته شهراً.. لم يجز.

وكذا في الدار والنخل: صالح على غلة الدار وثمرة النخل.. لا يجوز.

وإِنْ صَالحَ عَن مَغْصُوبٍ تَلِفَ بِأَكْثَرَ من قِيمَتِهِ.. جَازَ.

وَقَالا: يبطلُ الْفضلُ إِنْ كَانَ بمَّا لَا يُتَغَابَنُ فِيهِ.

بخلاف ما إذا صالح على خدمة العبد شهراً.. فإنه يجوز.

(**وإن صالح عن مغصوب تلف بأكثر من قيمته.. جاز**). عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يبطل الفضل إن كان بما لا يتغابن فيه**)؛ لأن الواجب هو القيمة؛ لكون العين متلفة، وهي مقدرة بالدراهم والدنانير، فالزيادة عليها بما لا يتغابن الناس: كانت ربا.

بخلاف ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا تظهر فيه الزيادة.

وبخلاف ما إذا صالح على عرض؛ لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، فتجوز مطلقاً على ما سيصرح به.

ولأبي حنيفة طريقان:

أحدهما: أن المغصوب بعد الهلاك: باق على ملك المالك، ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بالقضاء أو الرضاء.

حتى لو كان المغصوب عبداً، واختار ترك التضمين.. كان العبد هالكاً على ملكه، حتى كان الكفن عليه.

ولو كان العبد آبقاً، فعاد من إباقه.. كان مملوكاً له، وإذا كان كذلك.. فالمال الذي وقع عليه الصلح: يكون عوضاً عن ملكه في نحو العبد والثوب.

ولا ربا بين العبد والدراهم؛ كما لو كان العبد قائماً؛ لاختلاف الجنس.

والثاني: أن الواجب على الغاصب رد العين، وإنما تجب القيمة: عند تعذر رد العين؛ لتقوم القيمة مقام العين، وكان ذلك [٤٠١/ب] ضرورياً لا يصار إليه إلا عند العجز.

فإذا صالح على شيء.. كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس، فلا يظهر الفضل حتى يكون ربا.

هذا: إنما قيد المغصوب بقوله: «تلف»؛ لأنه لو كان قائماً.. جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاتفاق. على ما في «العناية».

ولو قيده بكونه قيمياً أيضاً.. لكان أحسن؛ لأنه لو كان مثلياً؛ نحو: كر حنطة، وصالح على دراهم أو دنانير.. جاز بالاتفاق أيضاً؛ سواء كان بمثل القيمة أو بأكثر منها، لكن القبض شرط فيه. كذا في «العناية».

قال في «البزازية»: أتلف ثوب إنسان، وصالح على أكثر من قيمته.. لا يجوز عندهما؛ كما لو صالح بعد القضاء بالقيمة على أكثر منها، أو صالح على أكثر من الدية من أحد مقاديرها كالإبل والدراهم والدنانير، أو صالح الشفيع من المشتري على أكثر من الثمن، أو صالح الساكت مع المعتق على أكثر من نصف قيمة العبد المعتق من النقدين.. لا يجوز، إلا قدر ما يتغابن الناس فيه.

وعند أبي حنيفة: يجوز؛ لأنه بدل المتلف لا بدل قيمة الثوب، فلم يتحقق الربا.

ولو صالح في مسألة الثوب على عَرَضٍ قيمتُه أكثر من قيمة المتلف.. جاز؛ كما لو صالح على خلاف مقادير الدية. انتهى.

قيد «بالمغصوب»؛ لأن في صلح الأمانات من الوديعة والعارية تفصيل مذكور في «الفتاوى».

قال في «البزازية»: صلح المودَع مع المودِع لا يخلو من وجهين:

الأول: أن تكون الوديعة قائمة بعينها وهي مثلاً: مائتا درهم، فصالحه على مائة؛ إن كان المودع منكراً لها.. يجوز قضاء لا ديانة؛ لوجود الفضل في الواقع.

وإن كان مقراً أو منكراً أو برهن المودع على ذلك.. لم يجز.

وإن لم يبرهن على الوديعة.. جاز؛ لأنه قطع خصومة.

وإن كان الصلح على عرض.. يجوز مطلقاً.

وإن لم يبرهن على الوديعة.. جاز.

وإن صالح عن مائتي درهم وديعة على عشرة دنانير؛ إن كان على إنكارها.. صح الصلح إذا تفرقا بعد قبض الدنانير؛ سواء كانت الدراهم حاضرة في المجلس أو غائبة.

وإن كان على إقرارها؛ إن كانت الوديعة حاضرة في مجلس الصلح.. جاز إذا جدد المودع قبضاً وقبض المالك الدنانير.

وإن لم يجدد قبضاً.. فالصلح باطل.

وإن كانت الوديعة غائبة عن مجلس الصلح.. فالصلح باطل.

والثانية: أن يقول المودَع: هلكت الوديعة أو رددتها إليك، وصالح بعد ذلك.. فهذا على [٤٠٢/أ] وجوه:

الأول: ادعى الوديعة وأنكر المودَع، ثم صالح على مال معلوم.. جاز إجماعاً.

الثاني: المالك ادعى الإيداع والإتلاف، والمودع أقر بهما ولم يدعِ الرد والهلاك، فصالح.. جاز بلا خلاف.

الثالث: ادعى الإيداع والإتلاف، وادعى المودَع الرد أو الهلاك وصالح.. لا يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن البراءة حصلت بقوله: «رددتها»، والحكم الثابت بجبره: لا يبطل بدعوى المالك الإتلاف، ولهذا.. لم يصح الصلح قبل الدعوى؛ فكذا بعده.

وعند محمد - وفي آخر القول عن أبي يوسف -: يجوز.

وأجمعوا: أن المودَع لو حلف على مدعاه.. لا يصح الصلح بعده.

وقال السغدي: إذا قال المالك: «أتلفتها»، ثم ادعى المودع الرد والهلاك.. يجوز الصلح إجماعاً.

وَإِن بِعرضَ.. صَحَّ مُطلقاً اتِّفَاقًا.

وإِنْ أَعتَقَ مُوسرٌ عبداً مُشْتَركاً، وَصَالحَ عَن بَاقِيهِ بِأَكْثَرَ مِن نصفِ قِيمَتِهِ.. بَطلَ الْفضلُ.

والخلاف: فيما إذا بدأ المودع الرد والهلاك، ثم ادعى المالك الإتلاف.

وعامة المشايخ: لم يفرقوا بين المسألتين، وجعلوا كلهما على الخلاف.

والرابع: إذا قال المودَع: رددت أو هلكت، ولم يقل المالك شيئاً وسكت.. ذكر الكرخي: أنه لا يصح الصلح عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

ولو أنكر المالك أن يكون المودَع قال هذه المقالة قبل الصلح.. صح الصلح، ولو قال المودع قلتها لم يصح الصلح عند أبي حنيفة وأبي يوسف.. فالقول للمالك، وإن برهن على مقالته.. يقبل ويبطل الصلح. انتهى كلام «البزازية».

ثم قال: والعارية: كالوديعة، وكذا كل مال أصله أمانة كالمضاربة، وهكذا ذكره في «الخلاصة» أيضاً.

ثم ما ذكره المصنف من الاختلاف: فيما إذا كان الصلح بأكثر من قيمته من النقود، وأما إذا كان الصلح على عَرَض.. فذكره بقوله: (**وإن بعرض.. صح مطلقاً**)؛ أي: إن صالح عن مغصوب تلف بعرض.. صح الصلح؛ سواء كان أكثر من قيمة المغصوب أو لا.

(**اتفاقاً**)؛ لما ذكرناه: من أن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس.

(**وإن أعتق موسر عبداً مشتركاً، وصالح**) مع شريكه (**عن باقيه بأكثر من نصف قيمته.. بطل الفضل**) فيما يتغابن فيه الناس؛ أما عندهما: فلما تقدم في مسألة الغصب.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن القيمة في العتق منصوص عليه بقوله ﷺ: «من أعتق شقصاً من عبد بينه وبين شريكه.. قوّم عليه نصيب شريكه» فيضمن إن كان موسراً، أو يسعى العبد.

وإِنْ بِعرضٍ.. صَحَّ.

وَيجوزُ صلح الْمُدَّعِي بِمَالٍ يَدْفَعهُ إِلَى الْمُنكرِ لِيُقَّر لَهُ.

وَبدلُ الصُّلْحِ عَن دمٍ عمدٍ أَو على بعضِ دينٍ يَدّعِيهِ.. يلْزمُ الْموكِّلَ لَا الْوَكِيلَ، إِلّا إِنْ ضَمِنَهُ.

وَبدلُ مَا هُوَ كَبيعٍ.. يلْزَمُ الْوَكِيلَ.

وتقدير الشرع لا يكون دون [٤٠٢/ب] تقدير القاضي، وبه يتقرر، فكذا بما هو فوقه، فلا تجوز الزيادة عليه.

بخلاف ما تقدم؛ لأن القيمة فيه غير منصوص عليها. هذا فيما صالح على النقد.

(**وإن**) صالح عن باقيه بأكثر من نصف قيمته (**بعرض.. صح**)؛ لأن الفضل لا يظهر في خلاف الجنس، فلا ربا.

(**ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقر له**)؛ يعني: رجل ادعى على آخر عيناً في يده، فأنكره، فصالحه على مال ليقر له بالعين.. يجوز، فيكون في حق المنكر: كالبيع، وفي حق المدعي: كالزيادة في الثمن.

(**وبدل الصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه.. يلزم الموكل لا الوكيل، إلا إن ضمنه**)؛ يعني: إذا وكل رجلاً بالصلح عن دم عمد، فصالحه على مال.. يلزم الموكل لا الوكيل؛ لأنه إسقاط محض، وكان الوكيل فيه: سفيراً محضاً.. فلا ضمان عليه؛ كالوكيل بالنكاح، إلا إن ضمنه، فيكون مؤاخذاً بالضمان لا بالصلح.

وكذا الحال: إذا وكل رجلاً بالصلح عما يدعيه على آخر من الدين، فصالحه على بعض ما يدعيه.

(**وبدل ما**)؛ أي: صلح (**هو كبيع يلزم الوكيل**)؛ كما إذا كان عن مال بمال.. فإن بدله يلزم الوكيل؛ لكونه بمنزلة البيع.

أطلقه، ولا بد من التقييد بعدم كونه عن إنكار؛ فإنه إن كان عن إنكار.. لا يجب

وإِنْ صالحَ فُضُولِيٌّ وَضمنَ الْبَدَلَ، أَو أَضَافَ الصلحَ إِلَى مَالِهِ، أَو أَشَارَ إِلَى عَرَضٍ أَو نَقْدٍ بِلَا إِضَافَةٍ، أَو أطلقَ وَسلّم.. صَحَّ ....

على الوكيل شيء ولو كان عن مال بمال؛ لأن الصلح عن إنكار: معاوضة بإسقاط الحق، فيكون بمنزلة الطلاق بجعل ، وذلك جائز مع الأجنبي جوازه مع الخصم.

قيده «بما هو كبيع»؛ احترازاً عن الصلح عن دم العمد أو عن بعض ما يدعيه من الدين.. فإنه لا يلزم على الوكيل شيء؛ لكونه سفيراً محضاً. كذا في «العناية».

(**وإن صالح فضولي، وضمن البدل، أو أضاف الصلح إلى ماله**)؛ بأن قال: صالحتك على ألفي هذه أو عبدي هذا.

(**أو أشار إلى عرض**)؛ بأن قال: صالحتك على هذا العبد أو على هذا الثوب.

(**أو نقد**)؛ بأن قال: صالحتك على هذا الألف (**بلا إضافة**) إلى ماله.

(**أو أطلق**)؛ أي: عن الإضافة إلى ماله والإشارة إلى عرض أو نقد؛ بأن قال: صالحتك على ألف.

(**وسلم**)؛ أي: بدل الصلح في صورة الإطلاق.

(.. **صح**) الصلح في الصور كلها.

أما في الأول: وهو ما إذا صالح عنه الفضولي وضمن البدل؛ فلأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة؛ لأنه: إن كان عن إقرار.. يكون إسقاطاً [٤٠٣/أ] للدين، وإن كان عن إنكار.. يكون إسقاطاً للخصومة.

وعلى التقديرين: ليس الحاصل للمدعى عليه إلا براءة الذمة.

وفي حق البراءة: الأجنبي والمدعي سواء؛ لأن الساقط يتلاشى، ومثله لا يختص بأحد، فيصلح أن يكون الفضولي الأجنبي أصيلاً في هذا الضمان إذا أضافه إلى نفسه؛ كالزوج إذا خالع امرأته مع أجنبي فضولي من جانب المرأة، وضمن الأجنبي بدل الخلع.. فإنه يصح، فكذا هنا.

ثم يكون ذلك الفضولي: متبرعاً على المدعى عليه، ولا يرجع عليه بشيء؛ كما لو تبرع بقضاء الدين.. فإنه يصح، ولا يرجع على المديون بشيء.

بخلاف ما إذا كان بأمره.. فإنه لا يكون حينئذ متبرعاً، ويرجع عليه بما أداه، ولا يملك هذا المصالح الدينَ المدعى به بما أداه للدين؛ لأنه لما كان بطريق الإسقاط لا بطريق المبادلة.. لم يبق شيء حتى يثبت له بعد ذلك؛ سواء كان الخصم مقراً أو منكراً.

أما إذا كان منكراً.. فظاهر؛ لأنه في زعمه: أن لا شيء عليه، وزعم المدعي لا يتعدى إليه.

وأما إذا كان مقراً بالصلح.. كان ينبغي أن يصير المصالح الفضولي مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين: تمليك له، وذلك لا يجوز.

بخلاف ما إذا كان المدعى به عيناً والمدعى عليه مقراً.. فإن المصالح حينئذ: يصير مشترياً لنفسه إذا كان فضولياً؛ لأن شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره.

وأما في الثاني: وهو ما إذا أضاف الصلح إلى ماله؛ فلأنه لما أضاف إلى مال نفسه.. فقد التزم تسليمه، فصح الصلح ولزم تسليمه.

وأما في الثالث والرابع: وهو ما [إذا] أشار إلى عرض أو نقد بلا إضافة إلى نفسه؛ فلأنه لما عينه للتسليم.. صار شارطاً لسلامته له فيتم بقوله، ولو استحق العبد أو وجد به عيباً فرده.. فلا سبيل له على المصالح؛ لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه؛ فإن سلم المحل له.. تم الصلح، وإن لم يسلم.. لم يرجع بشيء.

بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها، ثم استحقت، أو

وَكَانَ مُتَبَرِّعاً.

وإِنْ أَطلقَ وَلم يسلِّم.. توقَّفَ؛ فإِنْ أَجَازَهُ الْمُدَّعى عَلَيْهِ.. جَازَ، وَلَزِمَهُ الْبَدَلُ، وإِلّا.. بَطَلَ.

وجدها زيوفاً.. حيث يرجع عليه؛ لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان، حتى يجبر على التسليم؛ فإذا لم يسلم له ما سلمه.. رجع عليه ببدله [٤٠٣/ب]؛ إذ النقود لا تتعين بالعقود.

وأما في الخامس: وهو ما أطلق وسلم؛ فلأن التسليم إليه: يوجب سلامة العوض له، فيتم العقد لحصول مقصوده.

(**وكان**)؛ أي: المصالح الفضولي (**متبرعاً**) على المدعى عليه في الصور المذكورة كلها.

لا كما زعمه صاحب «الدرر» من أنه: إنما يكون متبرعاً في الصورة الخامسة؛ إذ لا وجه لتخصيص التبرع بها.

وإذا كان متبرعاً.. لا يرجع على المدعى عليه بشيء أصلاً على ما ذكرناه.

(**وإن أطلق**) الفضولي عن الإضافة إلى نفسه، وعن الإشارة، وعن الضمان، (**ولم يسلم.. توقف**) الصلح؛ (**فإن إجازه المدعى عليه.. جاز ولزمه**) – أي: المدعى عليه – (**البدل**)؛ لأنه بإجازته: صار كأنه المصالح ابتداء.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يجز (.. **بطل**)؛ لأن المقصود من الصلح:سلامة العوض للمدعي، وإذا لم يجز.. لم يسلم له العوض، ولم تسقط الخصومة عن المدعى عليه، فيبطل الصلح هذا اختيار بعض المشايخ، منهم: صاحب «الهداية».

وقال بعضهم: إنه ينفذ على المصالح الفضولي بمنزلة قوله: «صالحني على ألفي»، والتوقف على إجازة المدعى عليه فيما إذا قال: صالِحْ فلاناً على ألف درهم من دعواك عليه.. فإن فيه: يوقف على إجازة المدعى عليه؛ فإن أجاز.. جاز، وإن رد.. بطل.

واعلم: أن صلح الفضولي لا يخلو عن خمسة أوجه؛ سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً، والمدعى عليه منكراً أو مقراً على ما ذكره في صلح «قاضي خان»، قال في الفصل الثاني: رجل ادعى على رجل فصالح [رجل أجنبي](١) فهذا على وجهين:

إما أن كان المدعى به ديناً أو عيناً وكل ذلك على وجهين:

إما أن صالح الأجنبي بأمر المدعى عليه أو بغير أمره.

فإن ادعى ديناً، فأنكر المدعى عليه، فصالح الأجنبي.. فهو على خمسة أوجه:

أحدها: أن يقول الأجنبي للمدعي: صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم.

أو يقول: صالحتك عن دعواك على فلان على ألف درهم.

أو يقول: صالحني عن دعواك على فلان على ألف درهم.

أو يقول: صالح فلاناً على ألف درهم من مالي أو على ألفي هذه أو على ألف درهم على أني ضامن لها.

فإن قال الأجنبي: صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم، فقال المدعي: صالحت.. توقف الصلح على إجازة المدعى عليه؛ إن أجاز.. جاز، وإن رد.. بطل [٤٠٤/أ]، ويخرج الأجنبي من البين؛ لأن الأجنبي لم يضف الصلح إلى نفسه، ولا إلى ماله ولم يضمن.

وصلح الفضولي لا ينفذ عليه إلا بأحد هذه الأمور الثلاثة؛ فإذا لم يوجد شيء من ذلك.. توقف.

وأما إذا قال الأجنبي للمدعي: صالحتك من دعواك على فلان على ألف درهم.. اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: هذا والأول سواء؛ لأنه وإن أضاف الصلح إلى نفسه.. فمنفعة

---

(١) ما بين حاصرتين بياض في المخطوط، تم استدراكه من «قاضي خان» (٤٣/٣).

الصلح تعود إلى المدعى عليه، والإضافة إلى نفسه تحتمل النيابة والوكالة وغير ذلك؛ فكأن العقد مع المدعى عليه.

وقال [بعضهم:] هذا بمنزلة قوله: صالحني من دعواك [على] فلان على ألف درهم، وثمة: ينفذ الصلح عليه، ويلزمه المال على كل حال؛ لأنه أضافه إلى نفسه بحرف التاء.

ولو قال: صالح فلان على ألف درهم من مالي، أو على ألفي هذه، أو على إني ضامن.. فعن هذه الوجوه الثلاثة ينفذ الصلح على الأجنبي ويلزمه المال، ولا يرجع بذلك على المدعى عليه إذا لم يكن بأمر المدعى عليه.

هذا إذا كان المدعى عليه منكراً والصلح لم يكن بأمر المدعى عليه.

فإن صالح الأجنبي بأمره، وهو منكر.. فهو على خمسة أوجه أيضاً:

إن قال المأمور للمدعي:

صالح فلاناً عن دعواك على ألف درهم.. نفذ الصلح على المدعى عليه؛ لأنه صار بأمره.

وإن قال المأمور: صالحتك على ألف درهم.. اختلف المشايخ فيه على نحو ما قلنا، إذا كان الصلح بغير أمر المدعى عليه.. عند البعض: ينفذ الصلح على المدعى عليه؛ لأنه صار بأمره.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف درهم على أني ضامن.. نفذ الصلح على المدعى عليه، والمدعي بالخيار؛ إن شاء.. طالب المدعى عليه بالبدل، وإن شاء.. طالب المصالح بحكم الكفالة.

بخلاف ما إذا لم يكن مأموراً في هذا الوجه؛ فإنه ثمة ينفذ الصلح على المصالح، ولا يرجع على المدعى عليه كما عرفت.

هذا كله إذا كان المدعى عليه منكراً.

فإن كان مقراً بالدين، فصالح الأجنبي بغير أمره.. فهو على خمسة أوجه أيضاً:

إن قال الأجنبي: صالح فلاناً على ألف.. يتوقف الصلح على إجازة المدعى عليه.

وإن قال: صالحتك.. اختلف المشايخ فيه أيضاً على الوجه الذي ذكرنا.

وإن قال: صالحني على ألف درهم.. نفذ الصلح على الأجنبي ويلزمه المال [٤٠٤/ب]، ولا يرجع على المدعى عليه؛ لأنه أوجب المال على نفسه؛ لإسقاط اليمين على المدعى عليه.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف من مالي.. ينفذ الصلح عليه ويلزمه المال، ولا يرجع على المدعى عليه أيضاً.

وإن قال: صالح فلاناً على ألف على أنه ضامن.. يتوقف ذلك على إجازة المدعى عليه؛ لأن قوله: «على أني ضامن»: يحمل على الكفالة.

بخلاف ما إذا كان المدعى عليه منكراً.

هذا إذا كان المدعى عليه مقراً بالدين، والأجنبي غير مأمور بالصلح.

فإن كان مأموراً به.. فهو على خمسة أوجه أيضاً، وحكم كل من الوجوه مذكور في «قاضي خان».

هذا كله: **إذا كان المدعى به ديناً.. فهو على وجهين**؛ إما أن كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وتفصيل كل منهما مذكور في «قاضي خان». فارجع إليه.

* * *

(بَاب الصُّلْحِ فِي الدَّينِ)

(بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ)

لما ذكر الصلح عن عموم الدعاوى.. أراد أن يذكر الصلح عن دعوى الدين؛ لاختصاصه ببعض الأحوال.

ذكره في هذا الباب؛ لأن الخاص بعد العام.

اعلم: أن الصلح في الدين صحيح؛ سواء كان الدين للحي أو للميت أو للصغير على آخر، أو كان الدين عليهم. على ما أشار إليه بإطلاقه.

وقال في السابع والعشرين من «العمادي»: الوصي: إذا صالح عن حق الميت أو عن حق الصغير على رجل؛ فإن كان المدعى عليه مقراً بالمال أو عليه بينة أو كان قضى عليه بذلك.. لا يجوز صلح الوصي على أقل من الحق.

وإن لم يكن كذلك.. يجوز.

ولو صالح الوصي عن حق يدعيه إنسان على الميت أو على الصغير؛ إن كان للمدعي بينة على دعواه، أو علم القاضي بذلك، أو كان قضى بذلك.. جاز الصلح.

وإن لم يكن كذلك.. لا يجوز.

وفي «مبسوط» السيد أبي شجاع: إذا كان للصغير دين فصالحه أبوه أو وصيه على بعض وحطّ عنه؛ إن كان الدين وجب بمعاقدة الأب أو الوصي.. يصح الحط، ويضمن عند أبي حنيفة ومحمد؛ كالوكيل إذا أبرأ المشتري عن الثمن وإن لم يكن بمعاقدته.. لا يصح؛ لأنه تبرع بمال الصبي.

ولو صالح عن الدين على مال آخر؛ إن كان بقيمته أو أقل بما يتغابن الناس فيه.. يجوز.

وذكر الفقيه أبو الليث: إذا ادعى رجل على صبي حقاً في داره أو في عبده [٤٠٥/أ] دعوى، فصالحه الأب.. فهو على وجهين:

إما أن يكون للمدعي بينة أو لم يكن؛ فإن كانت .. جاز صلح الأب من مال ولده بمقدار قيمة المدعي أو بزيادة قليلة يتغابن الناس فيها؛ لأنه بمنزلة البيع.

ويجوز بيع الأب مال الصغير بمقدار القيمة أو بزيادة قليلة.

ولو صالح على مال نفسه.. يجوز؛ قليلاً كان أو كثيراً.

وإن لم يكن للمدعي بينة.. لا يجوز الصلح إلا من مال الأب.

ولو كان للصبي دين على رجل أو دعوى، فصالحه الأب على مال قليل؛ فإن كان لا بينة له والآخر منكر.. جاز صلحه.

وإن كان الدين ظاهراً بالبينة أو بالإقرار؛ فإن صالحه على محاباة يتغابن الناس في مثلها.. جاز بمنزلة البيع.

وإن حطّ مقدار ما لا يتغابن فيه.. لا يجوز.

وإن كان الدين وجب بمعاقدة الأب.. جاز صلحه على نفسه، ويضمن للابن مقدار الدين عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: لا يجوز.

والوصي في جميع ما ذكرنا: كالأب.

ولو كانت الورثة صغاراً وكباراً، وكانت دعواهم في دار، فصالح الوصي بمقدار ما يتغابن الناس في مثله.. جاز عند أبي حنيفة في نصيبهم جميعاً.

وقالا: لا يجوز إلا في نصيب الصغار خاصة. وهو نظير الاختلاف في البيع.

ولو كانت الورثة كلهم كباراً.. لا يجوز صلح الوصي في شيء، إلا إذا كانوا غيباً.. جاز صلح الوصي في العروض، ولا يجوز في العقار.

الصُّلْحُ عَمَّا اسْتُحِقَّ بِعقدِ المداينةِ على بعضِ جنسِهِ: أَخذٌ لبَعضِ حَقِّه، وَإِسْقَاطٌ لباقيهِ، لَا مُعَاوضَةٌ.

ولو كانت الورثة كلهم صغاراً، فادعى إنسان في دارهم دعوى، وصالحه الوصي من أموالهم على شيء؛ فإن لم يكن للمدعي بينة.. لا يجوز الصلح، وإن كانت له بينة.. جاز بمقدار ما يتغابن الناس فيه. هذا كله مما ذكره في «العمادي».

ثم قال فيه: ولم يذكر في الكتاب: أن البينة قامت عند القاضي أو عند الوصي؛ فلو قامت عند القاضي.. فلا يشكل أن للوصي أن يصالح من ذلك؛ لأنه قد ظهر حق المدعي في المدعى.

ولو قامت عند الوصي خاصة.. تكلم المشايخ فيه.

وذكر عن شداد بن حكيم أنه كان يقول: إذا ادعى رجل على الميت ديناً، وعرف الوصي ذلك بإقرار الميت أو بشهادة شهود شهدوا عليه.. كان له أن يقضي الدين.

وذكر عن خلف بن أيوب أنه كان يقول: إن ثبت عنده بالإقرار.. فإنه يقضي، وإن كان بالشهادة.. فلا يقضي.

وروي [٤٠٥/ب] عن عيسى بن أبان أنه قال: لا يقضي في الوجهين.. فكذلك في هذه المسألة؛ إن كان الشهود شهدوا عند الوصي خاصة.. فيخرج على هذا الاختلاف. انتهى.

(**الصلح عما استحق**) المدعي على المدعى عليه، (**بعقد المداينة**) قيده به وإن كان حكم الغصب كذلك؛ حملاً لأمر المسلمين على الصلاح.

(**على بعض جنسه: أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه**)؛ تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن؛ فلو قال المدعي للمدعى عليه المنكر: صالحتك على مائة من ألف عليك.. كان ذلك أخذاً منه بمائة وإبراء عن تسعمائة قضاء لا ديانة، إلا إذا زاد أبرأتك. كذا في «القهستاني».

(**لا معاوضة**)؛ لأن جعله معاوضة يفضي إلى الربا، وهذا يبتني عليه فروع:

فَلَو صَالَحَ عَن أَلِفٍ حَالٍّ على مائَةٍ حَالَّةٍ، أَو على أَلِفٍ مُؤَجَّلٍ.. صَحَّ.

وَكَذَا عَن أَلِفٍ جِيَادٍ على مائَةٍ زيوفٍ.

وَلَا يَصحُّ عَن دَرَاهِمَ على دَنَانِيرَ مُؤَجّلَةٍ.

أَو عَن أَلِفٍ مُؤَجَّلٍ على نصفِهِ حَالّاً.

أَو عَن أَلِفٍ سودٍ على نصفِهِ بيْضاً.

وإليه أشار بقوله: (فلو صالح عن ألف حال على مائة حالة، أو على ألف مؤجل.. صح) بلا اشتراط القبض.

ففي الأول: يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط بعضه.

وفي الثاني: على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط؛ لأن فيه إسقاط الحالة، وهي حقه.

(وكذا: عن ألف جياد على مائة زيوف)؛ فيحمل على أنه: استوفى بعض حقه وأسقط بعضه مع صفته؛ أعني: الجودة.

(ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة)؛ لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، حتى تحمل على التأخير الذي فيه معنى الإسقاط كما مر، فتعين جعله معاوضة، وفي ذلك: بيع الدرهم بالدنانير نسيئة.. فلا يجوز؛ لما فيه من معنى الربا.

(أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً)؛ لأنه لا يمكن حمله على الإسقاط ؛ لأن المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد؛ حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه، فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين، وصفة التعجيل في مقابلة الباقي؛ لأنه خير من النسيئة، وذلك اعتياض عن الأجل بالحال.. وإنه حرام.

(أو عن ألف سود على نصفه بيضاً)، ولو كان على عكس هذا.. جاز؛ لأن الأصل ههنا: أن المستوفى إذا كان أدون من حقه.. فهو إسقاط؛ كما في العكس.

وَلَو صَالحَ عَن ألفِ دِرْهَمٍ وَمِائَةِ دِينَار: على مائَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَو مُؤَجَّلَةٍ.. صَحَّ.

وإن كان أزيد قدراً أو وصفاً.. فهو معاوضة؛ لأن الزيادة غير مستحقة له [٤٠٦/أ]، فلا يمكن جعله استيفاء لحقه، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف.. وهو ربا.

بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود؛ كما إذا صالح عن ألف درهم بنهرجة على ألف درهم بخّيّة[1]؛ لأن البخيّة أجود من البنهرجة.. فإنه جائز؛ لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالصفة حينئذ: فيجوز، إلا أنه يعتبر القبض في المجلس؛ وهذا لأن الجودة إذا وقعت في مقابلة مال.. كانت ربا؛ كما في مسألة الكتاب، وأما إذا لم تقع كما في هذه المسألة.. تكون صرفاً، والجيد والرديء فيه سواء، يداً بيد.

(ولو صالح عن ألف درهم ومائة دينار: على مائة درهم حالة أو مؤجلة.. صح)؛ لأنه أمكن جعله إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة إن كانت حالة، وإسقاطاً لذلك وتأجيلاً للباقي إن كانت مؤجلة تصحيحاً، أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة، والحط ههنا أكثر، فيكون الإسقاط ألزم من معنى المعاوضة.

ولو صالح عن ألف على طعام موصوف في الذمة مؤجل.. لا يجوز؛ لأنه ليس بإسقاط، بل افتراق عن دين بدين وبيع الكَالِئِ بِالكَالِئِ.

قال في «البزازية»: باع عبداً بألف سود، فصالحه على ألف ومائة بنهرجة.. لم يجز.

وكذا.. إذا صالحه على كيلي أو وزني موصوف في الذمة؛ لأنه بيع؛ لأنه قوبل

---

(١) قال في «مبسوط السرخسي» (١٦٥/٢٠): «البخية: هي نقد بيت المال، سميت بذلك؛ لأنه يقال لمن يتملكها: بخٍ بخٍ».

وَإِن قَالَ من لَهُ على آخَرَ ألفٌ: أَدِّ غَداً نصفَه على أَنَّك بَرِيءٌ مِن بَاقِيهِ فَفعلَ.. بَرِئَ، وإِلّا.. فَلَا يبرأُ، خلافاً لأبي يُوسُف.

بالدين، وبيع ما ليس عنده: لا يجوز وإن نقده في المجلس، وإن ذكر شرائط السلم أيضاً؛ لأن رأس المال دين.

(وإن قال من له على آخر ألف) حالة (أدِّ غداً نصفه على أنك بريء من باقيه، ففعل)؛ أي: أدى نصفه (.. بَرِئَ) من الباقي.

(وإلا.. فلا يبرأ) عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف)، قال: لا يعود الألف؛ لأنه إبراء مطلق؛ إذ ليس فيه ما يصده إلا جعل أداء نصفه عوضاً؛ حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي «على» والأداء لا يصلح عوضاً؛ لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها، والأداء مستحق عليه لم يُستَفَد به شيء لم يكن، فجرى وجوده – أي: وجود جعل الأداء هو عوضاً – مجرى عدمه، فبقي الإبراء مطلقاً، وهو لا يعود؛ كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال: أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد بالشرط، والمقيد بشرط: يفوت عند فواته؛ لبقائه على العدم الأصلي.

وإنما كان هذا مقيداً بالشرط [٤٠٦/ب]؛ لأنه بدأ بأداء نصفه في الغد، وأنه يصلح غرضاً حذر إفلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح، فصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى.

وكلمة «على» وإن كانت للمعاوضة، لكن تحتمل معنى الشرط أيضاً؛ لوجود معنى المقابلة فيه؛ فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين، وقد تقدر العمل بمعنى المعاوضة، فيحمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه ما أمكن، ولأن مثل هذا الشرط في الصلح: متعارف، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ فصار كما لو قال: إن لم تنقد غداً.. فلا صلح بيننا.

وإِنْ قَالَ: صالحُتكَ على نصفِهِ على أَنَّك إِنْ لم تدفعْ غَداً النِّصْفَ فالألفُ عَلَيْكَ.. لَا يبرأُ إِذا لم يدْفع إِجْمَاعًا.

فإن قيل: إن تعليق الإبراء عن الدين بالشرط: باطل. على ما تقدم، والتقييد بالشرط: تعليق به، فلا يجوز التقييد به.

قلنا: إنا لا نسلم اتحادهما؛ لأن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه أداة الشرط صريحاً، والتعليق به يستعمل فيه ذلك، ولأن الحكم في التقييد به ثابت في الحال على عرضية أن يزول عند انتفاء الشرط، وفي التعليق به: الحكم غير ثابت في الحال، وهو بعرضية أن يثبت عند وجود الشرط.. فتغايرا لفظاً ومعنىً، فلا يلزم من صحة التقييد به: صحة التعليق به.

والأصل فيه: أن في الإبراء: معنى الإسقاط ومعنى التمليك.

وتعليق الإسقاط المحض بالشرط: جائز؛ كتعليق الطلاق والعتاق.

وتعليق التمليك: غير جائز؛ كتعليق البيع والهبة. على ما تقدم.

والإبراء: له شبه بهما، فوجب العمل بالشَّبهين بقدر الإمكان، فقلنا:

لا يحتمل التعليق بالشرط؛ عملاً بشبهه التمليك؛ وذلك إذا كان بحرف الشرط.

ويحتمل التقييد به؛ عملاً بشبهه الإسقاط، وذلك إذا لم يكن ثمة حرف شرط.. وليس فيما نحن فيه حرف شرط.. فكان مقيداً بشرط يفوت عند فواته، فصار كالحوالة؛ فإن براءة المحيل مقيد بشرط السلامة؛ حتى لو مات المحال عليه مفلساً.. عاد الدين إلى المحيل.

وجواب أبي يوسف عن قوله: «كما إذا بدأ بالإبراء» يظهر عند قوله الآتي: «وإن قال: أبرأتك من نصفه». انتهى.

(**وإن قال: صالحتك**) عن الألف (**على نصفه، على أنك إن لم تدفع غداً النصف فالألف عليك.. لا يبرأ إذا لم يدفع**) النصف غداً (**إجماعاً**)؛ لأنه أتى بصريح التقييد بالشرط فيعمل به.

وإِنْ قَالَ: أَبْرَأْتُكَ من نصفِهِ على أنْ تُعْطِيَنِي نصفَه غَداً برئَ مِن نصفِهِ؛ أَعْطى أَو لم يُعْطِ.

وَكَذَا لَو قَالَ: أَدِّ إِلَيَّ نصفَهُ على أَنَّك بَرِيءٌ من بَاقِيهِ وَلم يُوَقِّتْ.

وَلَو قَالَ: إِنْ أَدّيتَ، إِلَيّ نصفَه فَأَنت بَرِيءٌ، أَو إِذا أَدّيتَ، أَو مَتى أَدّيتَ..

بخلاف الأولى الخلافية إذ لم يصرح فيه التقييد بالشرط. هذا تفصيل [٤٠٧/أ] ما ذكره في «البزازية» نقلاً عن «الجامع الصغير».

قال: أدِّ إلي غداً خمسمائة على أنك بريء من الباقي، على أنك إن لم تعطني خمسمائة غداً فالألف عليك على حاله.. فالأمر كما قال. انتهى.

(**وإن قال: أبرأتك من نصفه على أن تعطيني نصفه غداً.. برئ من نصفه؛ أعطى أو لم يعط**)؛ لأنه أطلق الإبراء أولاً، فحصل الإبراء مطلقاً، ثم إعطاء نصفه: لا يصلح عوضاً؛ لما ذكرناه في المسألة الأولى، ولكنه يصلح شرطاً مقيداً له مزيلاً لإطلاقه، فوقع الشك في تقييده بالشرط ، فلا يقيد به؛ لأن الثابت أولاً لا يزول بالشك.

بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه بدأ فيها بأداء النصف، ثم الإبراء حصل مقروناً به؛ فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً على ما ذكرناه، ثم يقع مطلقاً؛ ومن حيث إنه يصلح شرطاً: لا يقع مطلقاً، فلا يثبت الإطلاق بالشك، فافترقا، فظهر فساد قياس أبي يوسف المسألةَ الأولى على هذه المسألة.

(**وكذا.. لو قال: أد إلي نصفه على أنك بريء من باقيه ولم يوقت**)؛ أي: الأداء؛ أي: يصح الإبراء، ولا يعود الدين؛ لأن هذا ابراء مطلق؛ لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً.. لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً؛ لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان، فلم يتقيد، بل حمل على المعاوضة، ولا يصلح عوضاً على ما مر.

بخلاف ما تقدم؛ لأن الاداء في الغد غرض صحيح.

(**ولو قال: إن أديت إلي نصفه فأنت بريء، أو إذا أديت، أو متى أديت..**

لَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وإِنْ أَدّى.

وَمن قَالَ سرّاً لربِّ دَينِهِ: لَا أُقِرّ لَك حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عنِّي أَو تحطَّ عنِّي فَفعلَ.. جَازَ، ....

لا يصح الإبراء وإن) - وصلية - (أدى)؛ لأنه علق الإبراء بالشرط صريحاً، وتعليق الإبراء بصريح الشرط: باطل؛ لما فيه من معنى التمليك؛ حتى يرتد بالرد.

بخلاف ما تقدم؛ لأنه ما أتى بصريح الشرط، فيحمل على التقييد. كما تقدم.

واعلم: أن الأصل في جنس هذه المسائل: أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء البعض لا يخلو:

إما أن يبدأ بالأداء أو لا.

فإن بدأ به.. فلا يخلو:

إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط أو لا.

فإن لم يذكره.. فهو المسألة الأولى، وإن ذكره.. فهو المسألة الثانية.

وإن لم يبدأ بالأداء.. فلا يخلو:

إما أن يبدأ بالإبراء أو لا.

فإن بدأ به.. فهو المسألة الثالثة.

وإن لم يبدأ به.. فلا يخلو:

إما أن يبدأ بحرف الشرط أو لا.

فإن لم يبدأ.. فهو الرابعة، وإن بدأ.. فهو الخامسة [٤٠٧/ب].

(ومن قال سراً لرب دينه: لا أقر لك) بما لك علي (حتى تؤخرهُ عني أو تحط عني، ففعل.. جاز) كل من تأجيله وحطه، فلا يتمكن رب الدين من المطالبة في الحال إن أخره، وأبداً إن حط؛ لأنه ليس بمكره في ذلك؛ لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف.

وَإِنْ أعلنَ.. لزِمَهُ للْحَالِ.

(وإن أعلن)؛ أي: إن قال المديون ذلك القول علانية (.. لزمه) جميع المال (للحال) عملاً بموجب قوله.

وقال في «البحر»: لو ادعى ألفاً، فجحد، فقال المدعي: أقر لي بها على أن أحط منها مائة أو على أن حططت منها مائة فأقر.. جاز الحط.

بخلاف قوله: على أن أعطيتك مائة؛ لأن الإقرار لا يستحق به البدل.

ولو قال: إن أقررت لي حططت لك منها مائة، فأقر.. صح الإقرار لا الحط. كذا في «المجتبى».

أقول: قوله: «لأن الإقرار لا يستحق به البدل» مختص بالدين، ولا يتمشى في العين؛ لما ذكره في «البزازية»: المسروق منه صالح السارق على أن يعطيه مائة درهم على أن يقر بالسرقة؛ إن كان المسروق قائماً بعينه.. يصح، وإلا.. فلا. انتهى.

(تتمة)

قال في «البزازية»: لو برهن الطالب أنه صالحه من الألف الذي عليه على مائة وثوب، وبرهن المطلوب على أنه أبرأه من الدين.. يقضى ببرهان الطالب عند أبي يوسف؛ لأنه يقبل في حق الثوب، فيقبل في حق المائة أيضاً.

ولو برهن على الصلح على مائة، وبرهن المطلوب على الإبراء.. فبرهان المطلوب أولى؛ لإثباته الإبراء.

قال أبو الفضل في المسألة الأولى: بينة الطالب تقبل في حق الثوب، وبينة المطلوب في حق البراءة؛ حتى يحكم بالثوب لا بالمائة.

المديون بالألف برهن على أن الطالب صالحني على أربعمائة على أن يؤديها إليه وأبرأني الباقي، وقال الطالب: أبرأتك عن خمسمائة وصالحت على خمسمائة، وبرهنا وقتاً واحداً، أو وقتين، أو لم يوقتا.. فالبينة للمطلوب في جميع ذلك.

لو قال لغريمه: حططت عنك خمسمائة من الألف التي عليك على أن تعطيني

الخمسمائة الباقية أول الشهر، وقال المديون: حططت بغير شيء.. فالقول للمطلوب؛ لإقرار الحط. هذا عند محمد.

وعن أبي يوسف: ادعى داراً في يد رجل، فصالحه على مال وسلم البدل، ثم برهن المدعى عليه أن الدار له.. لا تقبل.

وإن برهن على أنه اشتراها من [٤٠٨/أ] المدعي قبل الصلح.. بطل الصلح ورد بدله؛ إذ كل صلح وقع بعد الشراء: لا يصح.

وإن كان شراء بعد شراء.. فالثاني أحق.

وإن برهن المدعى عليه بعد الصلح على أنه كان صالحه قبل ذلك.. يصح الأول ويبطل الثاني، وكل صلح بعد صلح.. فالأول صحيح لا الثاني. انتهى.

والأصل فيه: أن كل عقد أعيد وجدد.. فإن الثاني باطل، فالصلح بعد الصلح باطل. كذا في «المجتبى» نقلاً عن «الفوائد الزينية».

ويستثنى منه مسائل:

منها: الشراء بعد الشراء؛ فإنه صحيح، لكنه أطلقه في «الفصولين» و«البزازية» وقيده في «القنية»؛ بأن يكون الشراء الثاني أكثر ثمناً من الأول وبجنس آخر، وإلا.. فلا.

ومنها: الكفالة بعد الكفالة صحيحة.

ومنها: الإجارة بعد الإجارة؛ فإنها صحيحة وتكون الثانية فسخاً للأولى.

* * *

(فَصْلٌ)

[في الدَّينِ المشتركِ]

إِنْ صَالَحَ أَحَدُ رَبَّيِ الدَّينِ عَن نصفِهِ على ثوبٍ.. فلشريكِهِ أَنْ يتبعَ الْمَدْيُونَ بِنصفِهِ،

(فَصْلٌ)

في الدَّيْنِ المُشْتَرَك

وهو الذي يكون واجباً بسبب متحد؛ كثمن مال مشترك، وموروث مشترك، وقيمة مستهلك مشترك، وثمن مبيع صفقة واحدة بشرط: أن يتساويا في قدر الثمن أو صفته.

وقيد الصفقة: بالواحدة؛ احترازاً عما إذا كان عبد بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة، وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة، وكتب عليه صكاً واحداً بألف درهم، ثم قبض أحدهما منه شيئاً.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر، فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك.

وإنما قلنا: بشرط أن يتساويا؛ لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب الآخر خمسمائة، ثم قبض أحدهما منه شيئاً.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيه؛ لأن تفريق التسمية في حق البائعين كتفريق الصفقة؛ بدليل: أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما.

وكذلك لو شرط أحدهما أن يكون نصيبه: خمسمائة بخية، ونصيب الآخر: خمسمائة سود.. لم يكن للآخر أن يشاركه فيما قبضه؛ لأن التسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفاً، فلا بد في كون الدين مشتركاً بينهما من القيود التي ذكرناها.

إذا عرفت هذا.. فاعلم أنه: (إن صالح أحد ربي الدين) المشترك (عن نصفه على ثوب.. فلشريكه أن يتبع المديون بنصفه)؛ أي: بنصف الدين [٤٠٨/ب].

أَو يَأْخُذَ نصفَ الثَّوْبِ.

إِلّا أَنْ يضمنَ لَهُ الْمصَالِحُ ربُعَ الدَّينِ.. وَإِن قبضَ شَيْئاً مِنَ الدَّينِ.. شَارَكَهُ شَرِيكُهُ فِيهِ، واتبعا الْغَرِيم بِمَا بقِيَ:

وإِنِ اشْترى بِنَصِيبِهِ شَيْئاً.. ضمَّنَهُ ....

(**أو يأخذ نصف الثوب**) الذي قبضه شريكه صلحاً، (**إلا أن يضمن له**) الشريك (**المصالح ربع الدين**).. فإنه حينئذ لا خيار له بين الاتباع والأخذ، بل يتعين له أخذ الربع من القابض.

والأصل في هذا: أن الدين المشترك بين اثنين: إذا قبض أحدهما منه شيئاً.. فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض؛ لأن الدين ازداد خيراً بالقبض؛ إذ مالية الدين: باعتبار عاقبة القبض، والنقد خير من النسيئة، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة، وله حق المشاركة في ذلك؛ لأنه من أصل حقه، فكذا ههنا.

فإن قيل: لو كانت زيادة الدين بالقبض والنقد كزيادة الثمن والولد.. لما جاز تصرف القابض في المقبوض؛ كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر.

قلنا: إن المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه: باق على ملك القابض؛ لأن العين غير الدين حقيقة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وقد قبضه بدلاً عن حقه، فيملكه، وينفذ تصرفه فيه، ويضمن لشريكه حصته.

(**وإن قبض**) أحد الشريكين (**شيئاً من الدين.. شاركه شريكه فيه**)؛ لما ذكرناه في الأصل.

(**واتبعا**)؛ أي: رجعا (**الغريم بما بقي**)؛ لأنهما لما اشتركا في المقبوض.. لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة.

(**وإن اشترى**) أحد الشريكين (**بنصيبه**) من الدين (**شيئاً**)؛ أي: ثوباً مثلاً (.. **ضمَّنه**

شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّينِ، أَوِ اتَّبَعَ الْغَرِيمَ.

وَمن أَبْرَأَ عَن نصِيبِهِ، أَو قاصَّ الْغَرِيمَ بدينٍ سَابِقٍ........................

شريكُه) الآخر (**ربع الدين، أو اتبع الغريم**).

وليس الشريك المشتري مخيراً بين دفع ربع الدين ودفع نصف الثوب الذي اشتراه كما كان مخيراً بينهما في صورة الصلح على ما سبق، وذلك: لأنه استوفى نصيبه من الدين بالمقاصة من غير حطيطة أصلاً؛ لأن مبنى البيع على المماكسة، ومثله: لا يتوهم فيه الحطيطة والإغماض.

بخلاف الصلح؛ لأن مبناه على الحطيطة والإغماض؛ فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة بلا تخيير.. يتضرر، فيخير القابض فيه، إلا أن يضمن له. على ما سبق.

وليس للشريك الآخر ههنا سبيل على الثوب الذي اشتراه؛ لأنه ملكه بعقده.

فإن قيل: سلمنا أنه ملكه بعقده، لكنه إنما ملكه ببعض دين مشترك، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض.

قلنا: لا نسلم [٤٠٩/أ]أن الاستيفاء وقع بالدين المشترك، بل إنما وقع بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة؛ إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري.

فإن قيل: إنه أضاف الشراء عند العقد إلى ما على الغريم من نصيبه، على ما دل عليه ظاهر عبارة الكتاب، فكيف يقع الاستيفاء بما يخصه من الثمن لا بنصيبه؟

أجيب: بأنه على تقدير تحقق هذه الإضافة عند العقد: لا ينافي ما ذكر؛ لأن النقود؛ عيناً كانت أو ديناً لا تتعين في العقود.

بخلاف الصلح.. فإنه لا يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به، فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك، فكان للشريك سبيلاً من المشاركة فيه.

(**ومن أبرأ عن نصيبه**) من الدين المشترك (**أو قاص**) من المقاصة (**الغريم بدين سابق**)؛ يعني: إذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك وتقاصا

.. لَا يضمَنُ لشَرِيكه.

وَإِن أَبْرَأَ عَن الْبَعْضِ.. قسَّمَ الْبَاقِي على سهامه.

(.. **لا يضمن لشريكه**).

أما في صورة الإبراء: فلأنه إتلاف وإسقاط، وليس بقبض حتى يضمن.

وأما في صورة التقاص: فلأن الشريك قاض بنصيبه لا مقتض؛ بناء على ما تقرر من آخر الدينين: قضاء عن أولهما؛ إذ العكس: يستلزم القضاء قبل الوجوب، والقضاء لا يسبق الوجوب، وإذا لم يكن مقتضياً.. لم يلزمه الضمان.

واعلم: أنه يكفي في المقاصة: إقرار الدين السابق، ولا يلزم بلفظ المقاصة؛ لما قال في «البزازية»: باعا من رجل عبداً لهما بألف، فأقر أحدهما: أنه كان للمشتري عليه خمسمائة قبل البيع.. برئ المشتري من حصة المقر، ولا شيء عليه لشريكه.

بخلاف ما لو قبض من الدين شيئاً.. فإنه يشاركه. انتهى.

وهبة نصيبه من الدين وكل ما يسقط نصيبه من الدين: مثلُ الإبراء في عدم الضمان لشريكه؛ لما في «البزازية» أيضاً: ولو أبرأه من نصيبه أو وهبه أو جنى جناية موجبة للأرش حتى سقط به الدين.. لم يكن لشريكه.

وكذا.. لو صالحه عن العمد الموجب للقصاص على مال.

ولو أفسد له متاعاً حتى صار مستوفياً.. ففي رواية أبي سلمان: لا يشاركه بلا خلاف.

وفي رواية أبي حفص: يشاركه عند محمد؛ كما لو غصب منه شيئاً يساوي حصته. انتهى.

(**وإن أبرأ عن البعض**) من نصيبه (.. **قسم الباقي**) من الدين (**على سهامه**)؛ أي: سهام كل منهما من [٤٠٩/ب] الدين، حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهماً، فأبرأ أحد الشريكين عن نصف نصيبه.. كانت المطالبة له بالخمسة، وللساكت بالعشرة.

وَإِن أجلَّ نصِيبَهُ.. لَا يَصحُّ، خلافاً لأبي يُوسُف.

(وإن أجل نصيبه.. لا يصح) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لأبي يوسف).

وقول محمد مضطرب: ذكره صاحب «الهداية» مع أبي حنيفة، وغيره مع أبي يوسف، والأمر فيه سهل.

ولأبي يوسف: أنه يملك الإبراء المطلق.. فكذلك التأجيل؛ لأنه إبراء مقيد، ولأنه لو أقر بتأجيل نصيبه.. يصح على ما في «غاية البيان»، فكذلك يصح إنشاؤه؛ لأن الإنشاء يعتبر بالإخبار.

ولأبي حنيفة: أنه يلزم قسمة الدين قبل القبض؛ لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما: بالحلول، والآخر: بالتأجيل، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز؛ لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة، وذلك لا يتميز بعضه عن بعض، ولأن في قسمة الدين تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضاً عما يتملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين: لا يجوز؛ لأن في ذلك نقلاً للوصف[1] من محل إلى محل آخر قصداً، والانتقال على الأوصاف[1] محال على ما بين في الكلام.

فإن قيل: إن إبراء أحدهما عن نصيبه جائز لا محالة على ما تقدم، وذلك يوجب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا، فيلزم قسمة الدين قبل القبض.

قلنا: إن القسمة تقتضي وجود النصيبين، وليس ذلك في صورة الابن، فلا قسمة فيهما.

ولو غصب أحد الشريكين من الغريم عيناً، أو اشتراه شراء فاسداً، وهلك في يده.. فهو قبض، فلشريكه اتباعه؛ لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين، وهو آخر الدينين، فيصير قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب.

---

(١) في المخطوط: للعرض، والمثبت من «الكفاية شرح الهداية» ص (٦٠٩).

وكذا لو استأجر أحدهما من الغريم بنصيبه داراً وسكنها، فأراد شريكه اتباعه.. له ذلك أيضاً؛ لأنه صار مقتضياً نصيبه، وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه؛ لأن ما عدا منافع البضع من المنافع: جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليها.

وكذا لو أحرق أحدهما متاع الغريم؛ بأن رمى عليه النار فأحرقه.. فإنه يصير قبضاً لنصيبه من الدين لو ساوى نصيبه عند محمد.

خلافاً لأبي يوسف.

ولمحمد: أن الإحراق: إتلاف لمال مضمون، وكان كالغصب، والمديون صار قاضياً لنصيبه بطريق المقاصة، فيجعل المحرق مقتضياً لما ذكرناه.

ولأبي يوسف: أنه متلف [٤١٠/أ] نصيبه من الدين بما صنع لا قابض، فلا يرجع لشريكه عليه شيء؛ كما لو جنى على نفس المديون بما يوجب القصاص حتى سقط نصيبه من الدين.. فإن شريكه لا يرجع عليه بشيء، فكذا ههنا.

ولو أخذ الثوب من الغريم، ثم أحرقه.. فإن لشريكه أن يتبعه بالإجماع؛ لأن الضمان حينئذ حصل بالقبض قبل الإحراق، فيستند إليه، فيملكه من ذلك الوقت.

ولو كان لهما دين على امرأة، وتزوج أحدهما تلك المرأة بنصيبه من الدين عليها.. لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية؛ لأنه لم يقبض من نصيبه شيئاً مضموناً يقبل الشركة؛ فإنه يملك به البضع، وإنه ليس بمال متقوم، ولا مضمون على أحد.. فكان كالجناية.

وعن أبي يوسف: أنه يرجع عليه؛ لوجود القبض بطريق المقاصة.

والصحيح: هو الأول؛ لأنه إتلاف. كذا في «الزيلعي».

وروي عن بشر: أن أبا يوسف رجع إلى الأول.

ولو استقرض أحدهما من الغريم، أو اشترى منه بعد ثبوت الدين لهما.. يشاركه الآخر فيه. كذا في «البزازية».

وَبَطَلَ صلحُ أحدِ رَبَّي سَلَمٍ عَن نصِيبِهِ على مَا دفعَ، خلافاً لَهُ أَيْضاً.

وقال في «قاضي خان»: رجلان لهما على رجل ألف درهم؛ إن لم يكن الدين واجباً بعقد أحدهما بأن ورثا ديناً مؤجلاً من رجل، فصالحه أحدهما على مائة معجلة على إن أخر عنه ما بقي من حصته وهو أربعمائة.. فالمائة المقبوضة تكون بينهما، وتأخير حصته وذلك أربعمائة باطل في قول أبي حنيفة؛ حتى لو قبض الشريك الآخر شيئاً.. كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تأخيره في حصته جائز.

وإن كان دينهما واجباً بإدانة أحدهما؛ بأن كانا شريكين شركة عنان؛ فإن أخر الذي وليَ الإدانة.. صح تأجيله في جميع الدين، وإن أخر الذي لم يباشر الإدانة.. فعلى قول أبي حنيفة: لا يصح تأخيره في حصته.

وعلى قولهما: يصح.

وإن كانا متفاوضين، فأجل أحدهما ديناً كان من المفاوضة.. صح تأجيله عند الكل أيهما أجل. انتهى.

(**وبطل صلح أحد ربي سلم عن نصيبه على ما دفع**) من رأس المال.

(**خلافاً له أيضاً**) أي: لأبي يوسف.

يعني: إذا أسلم رجلان رجلاً في كر حنطة، فصالح أحدهما مع المسلَم إليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال المدفوع ويفسخ عقد السلم في نصيبه.. لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد إلا بإجازة الآخر؛ فإن أجاز.. جاز، وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما [٤١٠/ب]، وما بقي من السلم؛ مشتركاً بينهما.

وإن لم يجز.. فالصلح باطل.

وقال أبو يوسف: إنه جائز بلا توقف على إجازة الآخر؛ اعتباراً بسائر الديون؛ فإن أحد الدائنين إذا صالح المديون عن نصيبه على بدل.. جاز، وكان الآخر مخيراً؛ على ما تقدم. فكذا هذا.

ولهما وجهان:

أحدهما: أنه لو جاز؛ فإما أن جاز في نصيبه خاصة، أو في النصف من النصيبين.

فإن كان الأول.. لزمه قسمة الدين قبل القبض، وهو باطل على ما تقدم.

وإن كان الثاني.. فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه.

والثاني: أنه لو جاز الصلح.. لشاركه في المقبوض من رأس المال؛ لأن الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما، وإذا شاركه فيها.. يرجع المصالح على من عليه الدين بالقدر الذي قبضه الشريك، وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد بعد سقوطه. وهو باطل.

فإن قيل: إن هذا المعنى موجود في الدين المشترك أيضاً إذا استوفى أحدهما نصيبه؛ فإذا شاركه شريكه في النصف.. رجع المصالح بذلك على الغريم، وفيه عود الدين بعد سقوطه.

أجيب: بأنه أخذ بدل الدين، وأخذه يوزن بتقدير المبدل لا بسقوطه، بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

وفي السلم: يكون فسخاً، والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب.

قالوا: هذا الخلاف إنما هو إذا اختلطا رأس المال وعقدا عقد السلم.

وأما إذا لم يختلطا.. فقال بعضهم: هو على هذا الاختلاف أيضاً.

وبعضهم: إن الصلح فيه جائز بالاتفاق.

هذا، وهل يصح صلح كفيل السلم؟

ففي «قاضي خان»: والكفيل بالسلم إذا صالح الطالب على رأس المال.. لا يصح ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الصلح على رأس المال إقالة، والكفيل لا يملك الإقالة.

وإِنْ أخرجَ الْوَرَثَةُ أحدَهُم عَن عَرَضٍ أَو عقارٍ بِمَالٍ، أَو عَن أحدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخرِ، أَو عَنْهُمَا بهما.. صَحَّ؛ قلَّ الْبَدَلُ أَو كَثُرَ.

ولو صالح الكفيل المطالب على طعام من جنس السلم إلا أنه دون السلم في الجودة.. جاز، ويرجع هو على المسلم إليه بالجيد.

وإن صالح الطالب الكفيل على غير جنس السلم.. لا يصح.

ولو صالح الكفيل الأصيل على غير جنس المسلم.. جاز. انتهى.

(**وإن أخرج الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال، أو عن أحد النقدين بالآخر، أو عنهما بهما.. صح؛ قلّ البدل أو كثر**)؛ أي: إذا كانت [٤١١/أ] التركة بين الورثة عقاراً أو عرضاً أو مختلطين، وأخرجوا أحدهم بطريق الصلح على مقدار معين من ذلك المال، أو كانت التركة ذهباً وأخرجوا أحدهم بالفضة، أو فضة وأخرجوا أحدهم بالذهب أو كانت ذهباً وفضة وأخرجوا أحدهم بالذهب والفضة.. صح في الكل؛ قل ما أعطوه أو كثر؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعاً، والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير، ولم يصح جعله إبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة: لا يصح.

لكن هذا الصلح: جاز على إطلاقه فيما إذا كانت التركة عقاراً أو عرضاً غير مقيد بلزوم التقابض.

وأما إذا كانت نقوداً.. فلا بد من التقابض في المجلس؛ لكونه صرفاً، إلا أن الوارث الذي في يده بقية التركة؛ إن كان جاحداً لكونها في يده.. يكتفي بقبضه السابق؛ لأنه قبض ضمان، فينوب عن قبض الصلح؛ لكونهما مثلين، والشيء ينوب عن مثله.

وإن كان مقراً.. فلا بد من تجديد القبض؛ بأن ينتهي إلى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية؛ لأنه حينئذ قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الصلح؛ لكونه دونه، والشيء لا ينوب عما فوقه، وإنما ينوب عن مثله وعما دونه. كذا في «الهداية» وشروحه.

وَعَن نقْدينِ وَغَيرِهِمَا بِأحدِ النَّقْدَيْنِ.. لَا يَصحُّ، إلّا أنْ يكونَ الْمُعْطى أَكثرَ من

ولو ظهر في التركة عني بعد التخارج.. هل يدخل تحت الصلح؟

ففي فصل التخارج من «البزازية»: أنه لو ظهر في التركة عين بعد التخارج.. لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا، ولقائل أن يقول: لا يدخل.

ثم قال فيها بعد ورقة: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً، ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح.. لا رواية في جواز الدعوى.

لقائل أن يقول: تجوز دعوى حصته منه. وهو الأصح.

ولقائل أن يقول: لا.

وفي: [«البزازية»][1] لو أبرأ أحد الورثة الباقي، ثم ادعى التركة وأنكروا.. لا تسمع دعواه، وإن أقرّوا بالتركة.. أمروا بالرد عليه. انتهى.

واعلم: أنهم قالوا: تخارج الورثة بعضهم بعضاً بطريق الصلح يصح بيعاً.

واعترض عليه: بأنه لو كان بيعاً.. لشرط معرفة مقدار حصته من التركة؛ لأن جهالة المبيع: تفسد البيع.

وأجيب عنه: بأن الجهالة المفضية إلى النزاع: هي المفسدة للبيع؛ لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وما نحن فيه: لا يحتاج إلى التسليم؛ لكونه في يد المشتري؛ أعني: بقية الورثة [٤١١/ب]، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة؛ وصار هذا: كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له.. جاز البيع وإن لم يعلما مقداره؛ لعدم احتياجه إلى التسليم والتسلم.

وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه: أثر عثمان على ما روي في محله.

(**وعن نقدين وغيرهما**) من العروض والعقار؛ يعني: لو كانت التركة نقدين وغيرهما وأخرجوا أحدهم (**بأحد النقدين.. لا يصح، إلا أن يكون المعطى أكثر من**

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «البزازية» (٤٣/٦).

نَصِيبِهِ مِن ذَلِك الْجِنْس.

نصيبه من ذلك الجنس)؛ أي: جنس المعطى؛ ليكون نصيبه بمثله، والزيادة لحقه من بقية التركة من العروض والعقار، ولا بد من التقابض فيما تقابل حصته من أحد النقدين؛ لأنه صرف في هذا القدر.

ولو لم يكن المعطى أكثر؛ فإما أن يكون مساوياً لنصيبه، أو أقل، أو لا يعلم مقدار نصيبه.. ففي الكل بطل الصلح؛ للربا.

أما إذا كان مساوياً.. فلزيادة العروض.

وفيما إذا كان أقل.. فلزيادة العروض وبعض الدراهم.

وفيما إذا كان مجهولاً.. ففيه شبهة الربا، لتعذر تصحيحه بطريق البيع والمعاوضة.

ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً؛ لما ذكرناه آنفاً: أن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة: غير صحيح. كذا في «الهداية» وشروحه.

وقال في «قاضي خان»: إن كان لا يعلم أن نصيب المرأة من التركة أقل من بدل الصلح أو أكثر أو مساو.. اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يفسد العقد على كل حال؛ سواء علم أن في التركة نقداً من جنس بدل الصلح أو لم يعلم؛ لأن هذا عقد شُكَّ في جوازه.. فلا يجوز بالشك.

والصحيح: ما قاله الفقيه أبو جعفر: أن الشك؛ إن كان في وجود ذلك في التركة.. يجوز العقد؛ لأن الثابت هنا شبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لا تعتبر.

وإن علم وجود ذلك في التركة، لكن لا يدري أن بدل الصلح أقل من حصتهما من دراهم التركة أو أكثر أو مثله.. فسد العقد ههنا؛ لأن مقابلة الفضة بالفضة: لا تجوز، إلا بشرط التساوي؛ فإذا وقع الشك في التساوي.. لا يجوز؛ كما لو باع الفضة بالفضة مجازفة، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

هذا، واعلم: أن بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم: إنما هو في حالة التصادق.

أما إذا ادعت ميراث زوجها، وأنكر الورثة [٤١٢/أ] الزوجية، فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث.. جاز ذلك؛ لأن المدفوع إليها حينئذ لقطع المنازعة ولافتداء اليمين، وليس في ذلك ربا. على ما صرح به في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: إذا صولحت المرأة عن ثمنها وصداقها، والورثة يقرون بنكاحها؛ فإن كان في التركة دين على الناس فصولحت عن الكل: على أن يكون نصيبها من الدين للورثة، أو صولحت عن التركة، ولم تقل شيئاً.. كان الصلح باطلاً؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض: باطل، وإذا فسد العقد في حصة الدين.. فسد في الباقي أيضاً.

أما عند أبي حنيفة؛ لأن من مذهبه: أن العقد إذا فسد في البعض لفساد مقارن.. يفسد في الكل.

وأما عندهما؛ فلأن الدين ليس بمال حقيقة؛ فإذا شرط في العقد تمليك ما ليس بمال.. بطل في الكل؛ كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة.

فإن طلبوا تجويز هذا الصلح على أن يكون نصيبها من الدين للوارث.. فطريق ذلك: أن تشتري المرأة من الوارث عيناً من أعيان الوارث بمقدار نصيبها من الدين، ثم يحيل الوارث على غريم الميت بحصتها من الدين، ثم يعقدون الصلح بينهم من غير أن يكون ذلك شرطاً في الصلح.

فإن صالحت ورثة زوجها من أعيان التركة خاصة دون الدين.. فلا يخلو:

إما أن يكون بدل الصلح من الدراهم والدنانير وليس في التركة من جنس ذلك.. فهو جائز على كل حال.

أو كان في التركة نقد من جنس بدل الصلح؛ بأن كان في التركة دراهم،

وإِنْ بِعَرَضٍ.. جَازَ مُطلقاً.

وَإِن فِي التَّرِكَةِ دينٌ على النَّاسِ فأخرجوهُ ليَكُونَ ....

فصولحت على دراهم؛ إن كان بدل الصلح أكثر من حصتها من دراهم التركة.. جاز، وإلا.. فلا على ما تقدم بيانه.

ثم قال: وقال الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حال التصادق؛ أما في حال الجحود والإنكار: يجوز الصلح ؛ لأن المأخوذ في حالة الإنكار: لا يكون بدلاً؛ لا في حق الآخذ، ولا في حق الدافع.

(**وإن**) أخرجوه (**بعرض.. جاز مطلقاً**)؛ قل العرض أو كثر، وجد التقابض في المجلس أو لا، كانت التركة عرضاً أو عقاراً أو نقداً؛ لعدم الربا فيها.

والحاصل: أن الصلح عن الدين؛ إن كان بطريق الإبراء: كما في الصورة التي ذكرت في باب الصلح في الدين.. لا يشترط فيه القبض [٤١٢/ب] في المجلس.

وإن كان بطريق البيع: كما في الصورة المذكورة آنفاً؛ فإن كان البيع صرفاً.. يشترط فيه القبض في المجلس، وإلا.. فلا؛ كما في هذه الصورة.

وفي «البزازية»: أن في الموضع الذي صلح التخارج: لو أراد الورثة أن يدعوا شيئاً من الدين على رجل يقولون: كنا قضينا كذا، فبعد التخارج: صار الكل لها.

ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج.. لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا؟

لقائل أن يقول: يدخل.

ولقائل أن يقول: لا.

ثم قال بعد أسطر: وبعد صحة التخارج: يقسم الباقي بينهم على سهامهم التي ظهرت قبل التخارج. انتهى.

هذا كله فيما إذا لم يكن في التركة دين.

(**وإن كان في التركة دين على الناس فأخرجوه**)؛ أي: أخرجوا أحدهم (**ليكون**

الدَّيْنُ لَهُم.. بَطلَ الصُّلْحُ.

الدين لهم.. بطل الصلح) في الدين والعين جميعاً؛ لأن فيه تمليك نصيبه من الدين من غير من عليه الدين، وهو الورثة، فيبطل فيه، ثم يتعدى إلى العين؛ لاتحاد الصفقة؛ سواء بيّن حصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة.

وكان ينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بيّن حصته.

وأصل الخلاف: فيما إذا جمع بين حر وعبد، وشاة ذكية وميتة، وباعهما صفقة واحدة، وبيَّن حصة كل واحد منهما من الثمن.. بطل في الكل عنده.

وعندهما: صح في العبد والذكية، كذا في «الزيلعي».

وذكر في «النهاية»: أن هذه المسألة - يعني مسألة الصلح - ترد نقضاً على قول أبي يوسف ومحمد فيما إذا سلم حنطة في شعير وزيت.. فإنهما قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهنا قالا: يفسد في الكل.

قال: هذا مما يحفظ.

ويمكن أن يقال في مسألة الصلح: فيما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما.

وفي مسألة السلم: إذا بين؛ توفيقاً بينهما وتصحيحاً لقاعدتهما.

قلت: فعلى هذا.. لا بد أن تحمل مسألة الجمع بين الحر والعبد في البيع فيما سبق في كلام «قاضي خان»: على ما إذا لم يبين حصة كل منهما من الثمن، وإلا.. فما ذكره «قاضي خان» في تلك المسألة: مخالف لما ذكره «الزيلعي» وغيره من جواز البيع في حصة العبد.

واعلم: أن معنى قوله «بطل الصلح»: أن رب الدين يبطله؛ لأن حكم الشرع: أن يكون الدين على جميع الورثة؛ كما في فصل التخارج من «البزازية».

وفيها أيضاً: لو لم يذكر في صلب التخارج: أن في التركة ديناً [٤١٣/أ] أو لا.. فالصك صحيح.

وكذا: لو لم يذكر في الفتوى، ولكن يسأل عن صحة التخارج.. يفتى بالصحة

فَإِنْ شرطُوا بَرَاءَةَ الْغُرَمَاءِ من نصِيبِهِ.. صَحَّ.

وَكَذَا إِنْ قضَوا حِصَّتَهُ مِنْهُ تَبَرُّعاً، أَو أقرضوه قدرَهَا، وأحالَهم بِهِ ....

ويحمل على وجود شرائطها؛ كما ذكر في «الفتاوى»: رجل باع ماله.. يفتى بالصحة وإن احتمل أنه غير عاقل.

والأصل فيه: أن **المطلق**: يحمل على الكمال الخالي عن العوارض الأصلية. انتهى.

(**فإن شرطوا: براءة الغرماء من نصيبه**)؛ أي: من الدين (**.. صح**) الصلح؛ لأنه حينئذ: يكون إسقاطاً أو تمليكاً للدين ممن عليه الدين، وهو جائز.

(**وكذا**)؛ أي: يصح الصلح (**إن قضوا**)؛ أي: الورثة (**حصته منه**)؛ أي: حصة المصالح من الدين (**تبرعاً**).

وفي «الهداية»: وفي هذين الوجهين: ضرر ببقية الورثة.

أما في الوجه الأول: فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء.

وأما في الثاني: فلأنه لزم عليهم النقد بمقابلة الدين، والنقد خير من النسيئة.

أقول: إن أراد أن الورثة: لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بحصة المصالح.. فهو مسلم، لكن لا ضرر فيه.

وإن أراد: لا يمكنهم الرجوع مطلقاً.. فهو ممنوع.

هذا، ولو قضى إنسان غير الورثة حصته من الدين تبرعاً.. صح الصلح أيضاً.

وذكر الورثة اتفاقي؛ لأنه قال في «البزازية»: وإن أحب الورثة جواز هذا الصلح.. فالحيلة فيه: استثناء الدين، أو تبرع إنسان بقضاء الدين ويكون متطوعاً وسقط الدين عن الغريم بقدره، ثم تصالحوا على ما بقي من التركة. انتهى.

(**أو أقرضوه قدرها**)؛ أي: أقرض الورثة المصالح قدر حصته من الدين أو باعوه شيئاً من أموالهم، على ما تقدم، هذه الحيلة من «قاضي خان».

(**وأحالهم**)؛ أي: أحال المصالح الورثة (**به**)؛ أي: بالقرض الذي أخذه من

على الْغُرَمَاء وصالحُوه عَن غَيرِهِ.

وَفِي صِحَّةِ الصُّلْحِ عَن تَرِكَةٍ هِيَ أَعْيَانٌ غيرُ مَعْلُومَةٍ على مَكِيلٍ، أَو مَوْزُونٍ: اخْتِلَافٌ.

وَالأَصَحُّ: الْجَوَازُ إِنْ عَلِمَ أَنَّها غيرُ الْمكيلِ أَو الْمَوْزُونِ إِذا كَانَت كلُّهَا فِي يَدِ الْبَقِيَّةِ.

الورثة، أو بثمن المبيع الذي اشتراه منهم.

(**على الغرماء، وصالحوه عن غيره**)؛ أي: غير الدين من أعيان التركة.

قال في «الهداية»: هذا هو الأوجه في الحيلة، وذلك؛ لأنه ليس فيه من الضرر ما في الأولين، إلا أن فيه ضرر النقد؛ فإن العين خير من الدين.

فالأوجه في الحيلة: ما ذكره بعض مشايخنا: وهو أن يبيعوه كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين، ثم يحيلهم على الغرماء. وهو مختار «قاضي خان» على ما ذكرناه.

(**وفي صحة الصلح عن تركة هي أعيان غير معلومة**) ولا دين فيها؛ لأن حكم التركة التي فيها دين سبق (**على مكيل أو موزون: اختلاف، والأصح: الجواز إن علم أنها غير المكيل أو الموزون، إذا كانت**) [٤١٣/ب] (**كلها في يد البقية**).

قال في «العناية»: ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون.. قيل: لا يجوز؛ لاحتمال الربا.

وهو قول الإمام ظهير الدين المرغيناني؛ بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل.

وقيل: يجوز، وهو قول أبي جعفر؛ لاحتمال أن يكون في التركة دين من ذلك الجنس.

وإن كان.. فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل، ففيه شبهة الشبهة، وليست بمعتبرة.

ولو كانت في التركة غير المكيل والموزون، لكنها أعيان غير معلومة، فصالحوا

على مكيل أو موزون أو غير ذلك.. قيل: لا يجوز؛ لكونه بيعاً؛ إذ لا يصح أن يكون إبراء؛ لأن المصالح عنه عين، والإبراء عن العين لا يجوز، وإذا كان بيعاً.. كانت الجهالة مانعة عنه.

وقيل: يجوز، وهو الأصح؛ لأنها ليست بمفضية إلى النزاع؛ لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة، فما ثمة احتياج إلى التسلم حتى يفضي إلى النزاع.

حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح، ولا يعلمون مقداره.. لم يجز؛ لاحتياجه إلى التسليم. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن كلام المصنف أنسب إلى الثاني من الخلافية.

وإنما قال «والإبراء عن العين»؛ لأن الإبراء عن دعوى العين: صحيح على ما صرّح به في القول في الدين من أواخر «الأشباه»؛ حيث قال فيه: لا يصح الإبراء عن الأعيان، وعن دعواها صحيح؛ فلو قال: أبرأتك عن دعوى هذا العين.. صح الإبراء، فلا تسمع دعواه بها بعده.

ولو قال: برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه.. لم تسمع دعواه وبينته.

ولو قال: أبرأتك عنها، أو عن خصومتي فيها.. فهو باطل وله أن يخاصم.

وإنما أبرأه عن ضمانه، كذا في «النهاية» من الصلح.

وفي «كافي» الحاكم من الإقرار: لا حق لي قبله.. يبرأ من العين والدين والكفالة والإجارة والحدود والقصاص.

وبه علم: أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام.

لكن في مداينات «القنية»: افترق الزوجان، وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى، وكان للزوج بذر في أرضها وأعيان قائمة.. فالحصاد والأعيان القائمة: لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى. انتهى كلام «الأشباه».

فعلم منه: أن الإبراء من العين صحيح عند بعض المشايخ، مثل الإبراء من الدين.

وَبَطلَ الصُّلْحُ وَالْقِسْمَةُ إِن كَانَ على الْمَيِّتِ دَينٌ مُسْتَغْرِقٌ.

وَإِن غيرُ مُسْتَغْرِقٍ.. فَالْأَولى: أَنْ لَا يُصَالحَ قبلَ قَضَائِهِ، ....

وعلم منه أيضاً: أن معنى قولهم: «أن الإبراء عن الأعيان لا يصح»: أنه لا يملك [٤١٤/أ] بالإبراء، وإلا.. فالإبراء عنها لسقوط الضمان صحيح بالاتفاق، حتى لو أبرأ من العين المغصوب.. برئ عن ضمانها، وتصير أمانة في يد الغاصب؛ فلو هلك بعده.. لا يضمن.

وقال في نوع الدفع من دعوى «البزازية»: ولو برهن أحد الورثة على إقرار الآخر أنه بريء من ميراث أبيه، والميراث أعيان.. لا يقبل؛ لعدم صحة الإبراء عن العيان. انتهى.

وفي «الخلاصة»: عن محمد: لو قال الرجل لآخر: أبرأتك من هذه الدار، أو من خصومتي في هذه الدار، أو من دعواي، أو برأت من هذه الدار.. جاز، ولا حق له فيها.

وفي «واقعات» الناطفي: رجل قال لآخر: أبرأتك عن هذه الدار، أو عن خصومتي في هذه الدار، أو عن دعواي.. فهذا كله باطل؛ حتى لو ادعى بعد ذلك هذه الدار.. يسمع، ولو أقام البينة.. تقبل.

بخلاف ما لو قال: برأت من هذه الدار، أو برأت من دعواي في هذه الدار.. فإنه يجوز؛ حتى لا تسمع دعواه وبينته بعد ذلك؛ لأن بقوله «أبرأتك»: خاطب الواحد.. فله أن يخاصم غيره، وأما قوله «برأت».. فإضاف البراءة إلى نفسه، فيبرأ.

(وبطل الصلح والقسمة)؛ أي: قسمة التركة (إن كان على الميت دين مستغرق)؛ لأن الوارث لا يمتلك التركة ما دام الدين مستغرقاً.

(وإن) كان (غير مستغرق.. فالأولى أن لا يصالح قبل قضائه)؛ لتقدم حاجة الميت عليه.

وَلَو فُعِلَ.. قَالُوا: يجوزُ.

وَالْقِسْمَةُ تجوزُ قِيَاساً لَا اسْتِحْسَانًا.

وَقِيلَ: الْقِيَاسُ: أنْ يُوقفَ الْكلُّ، وَالِاسْتِحْسَانُ: أَن يُوقفَ قدرُ الدَّينِ، وَيُقسمَ الْبَاقِي.

(**ولو فُعِلَ**) بصيغة المجهول (.. **قالوا: يجوز**)؛ أي: الصلح.

وحكم في «قاضي خان» بعدم جوازه مطلقاً؛ حيث قال: إن كان على الميت دين، فصولحت المرأة عن ثمنه على شيء.. لا يجوز هذا الصلح؛ لأن الدين القليل: يمنع جواز التصرف في التركة.

فإن طلبوا الجواز.. فطريق ذلك: أن يضمن أجنبي بشرط براءة الميت. انتهى.

(**والقسمة تجوز قياساً**)؛ لأن التركة لا تخلو عن قليل الدين، فيقسم نفياً للضرر عن الورثة.

(**لا استحساناً**)؛ لأن الدين يمنع تملك الوارث؛ إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين.. فلا يجوز القسمة قبل قضائه.

(**وقيل: القياس: أن يوقف الكل، والاستحسان: أن يوقف قدر الدين ويقسم الباقي**).

* * *

(كتاب المضاربة)

(كتابُ الْمُضَارَبَةِ)

هِيَ شركَةٌ فِي الرِّبْح بِمَالٍ من جَانب، وَعملٍ من جَانب، وَالْمُضَارِبُ أَمِين.

فَإِذا تصّرفَ.. فوكيلٌ.

فَإِن رَبَح.. فشريكٌ.

(كِتَابُ المُضَارَبَة)

و(هي) **في اللغة:** مشتقة من الضرب في الأرض، ويسمى هذا العقد مضاربة؛ لأن المضارب يسير في [٤١٤/ب] الأرض غالباً طالباً للربح.

وفي الشرع: (**شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب**) وبه تم معناها الشرعي.

وأما أحكامها:

فصيرورة المضارب:

أميناً بعد دفع المال إليه.

ووكيلاً عند الشروع في العمل.

وشريكاً له إذا ظهر الربح.

وغاصباً إن خالف.

وإليه أشار بقوله: (**والمضارب: أمين**) فيما دفع إليه من المال إن قبضه بأمر مالكه: لا على وجه البدل؛ كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن.

وكل مقبوض كذلك.. فهو أمانة.

(**فإذا تصرف.. فوكيل**) لأنه يتصرف بإذن مالكه.

(**فإن ربح.. فشريك**) في الربح؛ لأنه تملك جزء من المال وهو شائع، فيشركه.

وَإِنْ خَالَفَ.. **فغاصبٌ**.

وَإِنْ شَرطَ كلَّ الرِّبْحِ لَهُ.. **فمستقرِضٌ**.

وَإِنْ شَرطَ لربِّ المَالِ.. **فمستبضِعٌ**.

وَإِنْ فَسدَتْ.. **فأجيرٌ**، فَلهُ أجرُ مثلِهِ رَبحَ أَو لم يربحْ.

وَلَا يُزَادُ على مَا شَرطَ لَهُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمد.

(**وإن خالف.. فغاصب**)؛ لأنه تعدى على مال الغير بغير رضاه.

(**وإن شرط كل الربح له.. فمستقرض**)؛ لأنه لا يستحق كل الربح، إلا إذا صار رؤوس المال ملكاً له، وذلك لا يكون إلا بتمليك المالك، والتمليك يقتضي أن لا يرد رأس المال إليه؛ كما في الهبة.

لكن لفظ المضاربة: يقتضي الرد في رأس المال، فجعلناه قرضاً؛ لاشتماله على المعنيين عملاً بهما، ولأن القرض أدنى التبرعات؛ لأنه: يقطع الحق عن العين دون البدل، والهبة: تقطع عنهما.

(**وإن شرط**) الربح (**لرب المال.. فمستبضع**)؛ لأن المضارب لم يطلب لعمله بدلاً، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية.. فكان وكيلاً متبرعاً.

(**وإن فسدت**) المضاربة بفساد شيء من الشروط المعتبرة فيها (**.. فأجير**)؛ لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله، فيصير ما شرط له من الربح كالأجرة على عمله، وإذا فسدت.. ظهر معنى الإجارة.

(**فله أجر مثله؛ ربح أو لم يربح**)؛ لأنه لا يستحق المسمى؛ لفساد العقد، ولم يرض العمل مجاناً.. فله أجر مثل عمله على ما هو مقتضى الإجارة.

(**ولا يزاد**) على أجر المثل (**على ما شرط له**) من الربح (**عند أبي يوسف**)، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ وهذا لأنه رضي بذلك المقدار، فلا يزاد على ما رضي.

(**خلافاً لمحمد**)؛ فإنه قال: يجب الأجر بالغاً ما بلغ وإن لم يربح؛ لأن تسليم العمل قد وجد منه، فيستحق أجره.

وَلَا يضمنُ المَالَ فِيهَا أَيْضاً.

وعن أبي يوسف: لا يجب له شيء إذا لم يربح؛ اعتباراً بالمضاربة الصحيحة؛ فإن فيها: إذا لم يربح.. لا يستحق شيئاً، ففي الفاسدة أولى؛ لأن العقد الفاسد: يأخذ حكَمه من الصحيح من جنسه، كما في البيع الفاسد.

أجيب عنه: بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد [٤١٥/أ] الجائز كالبيع، وههنا: المضاربة الصحيحة: تنعقد شركة لا إجارة، والفاسدة: تنعقد إجارة.. فتعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل.

(**ولا يضمن المال فيها**)؛ أي: في المضاربة الفاسدة (**أيضاً**)؛ أي: كما لا يضمن في الصحيحة؛ اعتباراً لها بها، ولأنه عينٌ مستأجر في يده، فلا يضمن - كذا في «الهداية» - أي: لأن رأس المال: عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غير، فلا يضمن؛ كأجير الواحد، هكذا فسره في «العناية».

ثم قال: وهذا التعليل يشير: إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر؛ لأن الشخص الواحد لا يتصور أن يكون مستأجراً لمستأجِرَين في وقت واحد. انتهى.

فعلى هذا: يلزم أن لا يضمن فيها بالاتفاق؛ سواء تلف في يده أو بعمله، كما هو حكم أجير الواحد على ما سيأتي.

وقال بعض مشايخنا: القول بعدم الضمان فيها: هو قول أبي حنيفة، واختاره الطحاوي.

وأما عندهما: فهو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه؛ كالغصب والسرقة، وهذا بناء: على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك؛ لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد.

والأجير المشترك: إذا تلف المال في يده بغير عمل وصنع منه.. لا يضمن عند

وَلَا تصحُّ الْمُضَارِبَةُ إِلّا بِمَالٍ تصحُّ بِهِ الشّركَة.

أبي حنيفة؛ سواء تلف بما يمكن التحرز عنه: كالغصب والسرقة، أو لا يمكن: كالموت والحريق الغالب.

ويضمن عندهما إن تلف بما يمكن التحرز عنه.

وقال الإمام الإسبيجابي في شرح «الكافي»: والأصح: أنه لا ضمان على قول الكل؛ لأنه أخذ المال بحكم المضاربة، والمال في يد المضارب؛ صحت المضاربة أو فسدت: أمانة.

(**ولا تصح المضاربة إلا بمال تصح به الشركة**).

هذا شروع في بيان شرط صحتها، وهو ست:

أحدها: هذا، وهو: أن يكون رأس المال مما تصح به الشركة؛ أعني: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. عندهما.

وقال محمد: يكون بالفلوس أيضاً؛ لأنه ثمن عنده لا عندهما.

وقال ابن أبي ليلى: تجوز المضاربة بالمكيل والموزون أيضاً؛ فإنهما من ذوات الأمثال، فيمكن تقدير رأس المال.

وثانيها: أن يكون الربح جزءاً مشاعاً من الجملة. على ما سيأتي في الكتاب.

وثالثها: إعلام قدر الربح من النصف أو الثلث أو الربع؛ لأن الربح هو المعقود عليه، فجهالته: توجب [٤١٥/ب] فساد العقد.

ورابعها: أن يكون المشروط للمضارب: مشروطاً من الربح لا من رأس المال؛ حتى لو شرط له شيئاً من رأس المال أو منه أو من الربح.. فسدت المضاربة.

وخامسها: التخلية بين المضارب وبين رأس المال، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

وسادسها: أن يكون رأس المال معلوماً بالإشارة أو بالتسمية عند العقد.

وأما المضاربة بالدين أو العروض: فصحيحة بوجه، وفاسدة بوجه.

وَإِن دفعَ عَرَضاً وَقَالَ: بِعْهُ واعمل فِي ثمنه مُضَارَبَةً، ....

أما الفاسدة في الدين: فهو أن يكون له دين على رجل، فقال له: اعمل مضاربة فيما لي عليك من الدين بالنصف.. لا تصح المضاربة بالإجماع، ويكون ما اشتراه: له، والدين: في ذمته كما كان؛ عند أبي حنيفة.

وعندهما: الوكالة صحيحة، وما اشتراه: لرب المال، وله أجر مثله.

وإنما فسدت المضاربة في هذه الصورة؛ لأن الدين لا يصلح رأس مال المضاربة؛ لأن المضاربة شرعت: لاستنماء المال، ولا يتصور استنماء المال، إلا أن يكون المال عيناً. على ما تقدم في الشركة.

ومتى فسدت المضاربة.. بقي أمراً وتوكيلاً بالشراء بالدين الذي عليه، وذلك لا يصح عنده.

وعندهما: يصح، فوقع الشراء للموكل، فيكون المشترى له ، وللوكيل أجر مثله.

وأما الفاسدة في العروض؛ فإن قال: خذ عبدي هذا، أو عروضي هذا مضاربة بالنصف على أن رأس مالي قيمته.. فالمضاربة فاسدة؛ لأنه أضاف المضاربة أولاً إلى العبد، ثم أضاف إلى قيمته، فالمضاربة على كليهما فاسدة؛ لأن قيمة العبد والعروض مجهولة وقت العقد، فيمنع صحة العقد.

وأما وجه صحة المضاربة بهما: فأشار إليه أولاً في العروض بقوله: (**وإن دفع عرضاً وقال: بعه واعمل في ثمنه مضاربة**).. جازت؛ لأن عقد المضاربة يشتمل على التوكيل والإجازة، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل، فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك؛ لئلا يخالف الكل الجزء، فلا مانع من الصحة.

أطلق في الثمن.. فشمل: الدراهم والدنانير؛ فلو باعه بأحدهما وعمل به.. فالمضاربة جائزة بالاتفاق.

ولو باعه بالفلوس وعمل به.. فالمضاربة فاسدة عندهما، جائزة عند محمد.

أَو قَالَ: اقبضْ مَا لَي على فلَانٍ، واعملْ به مُضَارَبَةً.. جَازَت أَيْضاً.

ولو باعه بالمكيل أو بالموزون وعمل به.. فالمضاربة فاسدة عندهم، جائزة عند ابن أبي ليلى. على ما تقدم.

وأشار إلى وجه صحتها في الدين بقوله: (**أو قال: اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة** [٤١٦/أ].. **جازت أيضاً**)؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره، وأضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده، وكلاهما جائز؛ لما تقدم: أن المضاربة وما تشتمله: تقبل الإضافة إلى زمان مستقبل.

بخلاف ما لو قال: اعمل مضاربة بالدين الذي عليك.. فإنه لا تصح. على ما تقدم.

وأشار بقوله: «واعمل فيه» أي: في المقبوض: إلى أنه لو عمل قبل قبضه الدين كله.. تصح المضاربة؛ لما في «المحيط»: لو قال: اقبض ديني من فلان، ثم اعمل به مضاربة، فعمل قبل أن يقبض كله.. ضمنه.

ولو قال: فاعمل به.. لا يضمن.

والفرق: أن كلمة، «ثم» في اللغة: للترتيب والتراخي، فصار الإذن بالعمل مضافاً إلى ما بعد القبض؛ كأنه قال: اقبض الدين، ثم اعمل به، فلا يصير مأذوناً في العمل قبل قبض الكل.

وأما كلمة «الفاء» و«الواو»: للعطف والاشتراك لا للترتيب، فيقتضي وجودها كيفما وجد معاً أو متعاقباً، فلم يتأخر الإذن عن القبض بمقتضى حرف العطف، وإنما يتأخر ضرورة أنه لا يمكنه العمل قبل القبض.

وإذا وجد قبض البعض وأمكنه العمل.. يصير مأذوناً.

وأما إذا قال: اقبض ديني لتعمل به مضاربة بالنصف، أو تعمل به.. لا يصير مأذوناً ما لم يقبض الكل؛ لأن قوله: «لتعمل» أو «تعمل به»: لا يستقيم الابتداء به، فيعتبر متعلقاً بما قبله حتى لا يلغو؛ فإذا اعتبر متعلقاً بما قبله.. صار أحدهما: بمنزلة

وَشرطُ:

تَسْلِيمُ المَالِ إِلَى الْمضَارِبِ بِلَا يَدٍ لربِّ المَالِ فِيهِ، عاقداً كَانَ أَو غيرَ عَاقِدٍ، كالصغيرِ إِذا عقدهَا لَهُ وليُّه، وَأحدِ الشَّرِيكَيْنِ إِذا عقدهَا الآخرُ.

الشرط، والآخر: بمنزلة الجزاء، فجعلنا القبض شرطاً، والعمل جزاء له؛ لأن العمل لا يصلح شرطاً للقبض، والقبض يصلح شرطاً للعمل؛ فصار كأنه قال: إن قبضت الدين.. فاعمل به مضاربة.

ولو نص على ذلك ما لم يقبض الكل.. لا يثبت الجزاء، وهو الإذن بالعمل، فكذا هذا.

بخلاف قوله: «واعمل به»؛ لأنه مما يستقيم الابتداء به، فلا يصير متعلقاً بما قبله.

و«الواو» لا توجب التأخير.. فلا يتأخر الإذن عن القبض. انتهى ما في «المحيط»، وسيأتي زيادة بيان له.

(**وشرط: تسليم المال إلى المضارب بلا يد لرب المال فيه**) بتصرف أو عمل؛ لأن المال أمانة في يده، فلا بد من التسليم إليه كالوديعة.

بخلاف الشركة؛ لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب، ولا بد من التخلص للعمل؛ ليتمكن من التصرف فيه، وبقاء يد غيره: يمنع التخلص.

وأما الشركة: فالعمل فيها من الجانبين؛ فلو شرط خلوص اليد لأحدهما.. انتفى الشركة.

(**عاقداً كان**) رب المال (**أو غير عاقد**) [٤١٦/ب] (**كالصغير إذا عقدها**) - أي: المضاربة - (**له وليه**) أو وصيه، تركه؛ اكتفاء.

(**وأحد الشريكين**) عطف على الصغير (**إذا عقدها الآخر**)؛ يعني: إذا عقد المضاربة أحد المتفاوضين، أو أحد شريكي العنان، ولم يسلم المال إلى المضارب، وشرط عمل صاحبه.. فسدت المضاربة؛ لما ذكرناه.

وَكَونُ الرِّبْحِ بَينهمَا مشَاعاً، فتفسدُ إِنْ شَرط لأَحَدِهمَا عشرَةَ دَرَاهِمَ مثلاً.

وكلُّ شَرطٍ يُوجبُ جَهَالَةَ الرِّبْح: يُفْسِدهَا.

وَمَا لَا.. فَلَا.

وَيبْطلُ الشَّرْطُ؛ كَشَرطِ الوضيعةِ على الْمضَارِبِ.

(و) [شُرِطَ] (كون الربح) عطفٌ على «تسليمُ المال» (بينهما مشاعاً)؛ كالنصف والثلث والربع، كذا في «المحيط».

يريد بكونه مشاعاً بينهما: أن لا يستحق أحدهما في الربح دراهم مسماة؛ لأن شرط ذلك: ينافي الشركة المشروطة لجوازها، والمنافي لشرط جواز الشيء: مناف له أيضاً.

(فتفسد)؛ أي: إذا شرط كون الربح مشاعاً بينهما.. تفسد المضاربة.

(إن شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلاً)؛ أي: من الربح، وإذا فسدت.. فله أجر مثله.

هذا: ولما كان من الشروط ما يفسد به العقد، ومنها ما لا يفسد به العقد، بل يفسد الشرط في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة.. أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال: (وكل شرط يوجب جهالة الربح)؛ كما إذا قال رب المال: لك نصف الربح أو ثلثه، وشرطا أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها. كذا في «العناية».

(.. يفسدها)؛ أي: المضاربة؛ لأنه جعل بعض الربح: عوضاً عن عمله، والبعض الآخر: عوضاً عن أجرة داره وأرضه، ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته وتسقط حصة ما أصاب منفعة الدار والأرض، فيفضي إلى المنازعة.

(وما)؛ أي: شرط (لا) يوجب جهالة الربح (.. فلا) تفسد المضاربة به.

(ويبطل الشرط؛ كشرط الوضيعة)؛ أي: الخسران (على المضارب)، أو على رب المال، أو عليهما. كذا في «العناية».

وكاشتراط رب المال: أن يدفع رب المال إليه داره ليسكنها أو أرضه ليزرعها، على عكس ما سبق.. فإنها شروط لا توجب جهالة الربح ولا قطع الشركة، فتبطل في نفسها، ولا يسري الفساد إلى العقد، بل يبقى العقد صحيحاً؛ لأن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة. على ما تقدم قبيل كتاب الصرف.

فظهر: أن ههنا شروطاً لصحة المضاربة، وهي ستة على ما ذكرناه، وشروطاً [لا] تفسد المضاربة بها، بل تبطل تلك الشروط في نفسها ويبقى العقد على الصحة كما نراه.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: أنه لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيرهما.. فهل تفسد المضاربة به أم لا؟

ففي «المحيط» [٤١٧/أ] للسرخسي: لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيره.. فلا يخلو: إما إن كان المشروط له: عبد المضارب، أو عبد رب المال، أو أجنبياً، أو قضاء دين أحدهما، أو المساكين، أو الحج.

فإن كان المشروط له عبد أحدهما؛ بأن دفع ألفاً مضاربة على أن: ثلث الربح له، وثلثه للمضارب، وثلثه لعبد المضارب أو لعبد رب المال.. صح الشرط، ثم ينظر: إن لم يكن على العبد دين.. وجب الوفاء بالشرط؛ شرط عمل العبد في المضاربة أو لم يشترط؛ لأن ما شرط للعبد: مشروط لمولاه؛ لأن الملك يثبت للمولى لا له، لا إن تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد؛ إذ ليس له عمل، ولا رأس مال أمكن تصحيحه لمولاه؛ لأن عقد المضاربة قد جرى بين رب المال وبين المولى، فأمكن أن يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى: واقعاً لمولاه؛ فصار كأن المولى شرط لنفسه الثلثين من الربح.

وإن كان عليه دين.. إن شرط عمله.. جاز؛ كما لو شرط بعض الربح لأجنبي بشرط عمله في المضاربة.. صح الشرط. فهذا أولى.

إن لم يشترط عمله.. ينظر:

إن شرط ثلث الربح لعبد المضارب.. لا يصح عند أبي حنيفة، ويكون الثلثان لرب المال.

وعندهما: يصح، ويكون للمضارب.

لأن عنده: المولى لا يملك كسب عبده المديون، فلا يكون المشروط للعبد مشروطاً للمولى، فتعذر تصحيحه لا في حق العبد، ولا في حق المضارب.. فبطل الشرط.

وعندهما: المولى يملك كسب عبده المديون؛ فيكون المشروط للعبد المديون: مشروطاً للمضارب.. فصح.

وأما إذا شرطا لعبد رب المال.. يكون الثلثان لرب المال بالإجماع.

وإن كان شرطا بعض الربح لأجنبي؛ فإن شرطا عمله.. صح؛ لأنه يصير مضارباً مع الأول فيصح، وإن لم يشترطا عمله.. لا يصح، ويكون المشروط له لرب المال.

وكذلك لا يصح: لو شرطا بعض الربح لامرأة المضارب أو لمكاتبه أو لمواليه أو لمن لا تقبل شهادته له؛ لأن الأملاك متباينة بينه وبين هؤلاء؛ فالمشروط لهؤلاء: لا يكون مشروطاً للمضارب، ولم يشترط عمل هؤلاء.. فلا يصح الشرط.

وإن شرطا ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو دين رب المال.. صح الشرط ويدفع إليه، ولا يجبر على دفعه إلى غرمائه؛ لأن المشروط لقضاء دينه: مشروط له معنى؛ لأن منفعته تعود إليه - وهو براءة ذمته من الدين - فصار مشروطاً له معنى [٤١٧/ب].

ولو شرطا ذلك للمساكين، أو في الحج، أو في الرقاب.. لم يصح الشرط لهم؛ لأنه ليس للمشروط له عمل ولا رأس مال، فيكون لرب المال. كذا في «المحيط».

وللمضاربِ فِي مُطلقِهَا أنْ يَبِيعَ، وَيَشْتَرِيَ، ....

وسيأتي الإشارة إليه في الباب الآتي من الكتاب.

ثم اعلم: أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع:

١- نوع يملكه بمطلق العقد، وهو: ما يكون متعارفاً بين التجار.

٢- ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، أو أذن له صراحة.

٣- ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك، إلا أن ينص عليه.

فذكر هذه الأنواع الثلاثة، فقال: (**وللمضارب في مطلقها**)؛ أي: ما لا يكون مقيداً بزمان ومكان، ولا بشخص، ولا نوع؛ نحو أن يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف، ولم يزد على ذلك.

(**أن يبيع ويشتري**)؛ أي: بالنقد والنسيئة، ما لم يكن أجلاً لا يبيع إليه التجار.. فإنه حينئذ لا يجوز، على ما سيصرح به في الكتاب.

وأطلق في «الهداية» كلًّا من البيع والشراء ههنا، ولم يقيد بقيد أصلاً، وفسّر إطلاقه في «العناية»: بالنقد والنسيئة.

ولم يقيد النقد: بما لا يتغابن الناس فيه، ولا النسيئة: بما لا يبيع إليه التجار كما قيدناه.

وفصّل في «قاضي خان» كلًّا من البيع والشراء، فقال: رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة بالنصف.. فهي مضاربة مطلقة، له أن يشتري ما بدا له من سلع التجارة بالنقد والنسيئة؛ فإن اشترى شيئاً بما لا يتغابن فيه الناس.. يكون مخالفاً؛ قال رب المال: اعمل فيه برأيك أو لم يقل؛ لأن الغبن الفاحش: تبرع، وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع.

ولو باع مال المضاربة بما لا يتغابن فيه الناس أو بأجل غير متعارف.. جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه؛ كالوكيل بالبيع. انتهى.

ويوكِّلَ بهما، ويسافَر، ....

وفي «البزازية»: وفي المضاربة المطلقة: له شراء السفن، لا في المقيدة.

ثم قال بعد ورقة: والمضارب يملك الشراء الفاسد لو كان المشترى مما يملك بالقبض؛ لحصول الربح.

ولا يملك شراء الدم والميتة والخمر والخنزير وأم الولد والمدبر؛ علم ذلك أو لا؛ لعدم حصول الربح؛ لعدم إمكان بيعه. انتهى.

(ويوكل بهما)؛ أي: بالبيع والشراء، وله أيضاً: أن يوكل بكل ما جاز له أن يعمل بنفسه: من الإيداع والرهن والارتهان والإبضاع والإيجار والاستئجار وقبول الحوالة، على ما صرح به في «قاضي خان»؛ حيث قال بعد ذكر جواز هذه التصرفات [٤١٨/أ] له: وما جاز له أن يعمل بنفسه.. جاز له أن يوكل غيره بذلك.

فالأولى: أن يذكر هذا اللفظ بعد ذكر التصرفات المذكورة؛ كما وقع في «قاضي خان».

وله الأخذ بالشفعة؛ كما صرح به في «البدائع».

وما وقع في مضاربة «الأشباه» نقلاً عن «البزازية»: أن المضارب لا يأخذ بالشفعة.. فهو غلط، منشؤُه ما وقع في بعض نسخ «البزازية» من لفظ «الشفعة» بدل «السفتجة» كما وقع في بعض نسخ «البزازية»، كذلك يعني السفتجة، وهو الصحيح؛ لأن المضارب لا يملك السفتجة ويملك الشفعة.

(ويسافر)؛ أي: براً وبحراً في ظاهر الروايات، على ما في «قاضي خان».

وعن أبي يوسف: أنه لا يسافر، وإن سافر فهلك المال في الطريق.. كان ضامناً.

وعنه أيضاً: له أن يسافر إلى موضع يقدر على الرجوع إلى أهله في يومه ويبيت عندهم؛ نحو فرسخين أو ثلاثة.

وليس له أن يسافر؛ أي: سفراً مخوفاً يتحامى الناس عنه في قولهم جميعاً.

ويُبضِعَ، ويُودِعَ، ويَرهنَ، ويَرتهنَ، ويؤاجَر، ويستأجَر، ويحتالَ بِالثّمن على الْأَيْسَرِ وَغَيرِه.

وعنه أيضاً: عن أبي حنيفة: أن رب المال: إن دفع إلى المضارب في بلده.. ليس له أن يسافر عنه؛ لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة.

وإن دفع إليه في غير بلده.. له أن يسافر إلى بلده؛ لأنه هو المراد في الغالب؛ إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلما أعطاه عالماً بغربته.. كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه.

وهذه الروايات كلها: خلاف ظاهر الرواية، والاعتماد: على ظاهر الرواية.

(**ويبضع**)؛ أي: يدفعه بضاعة.

(**ويودع**)؛ أي: يدفعه وديعة.

(**ويرهن**)؛ أي: يدفعه رهناً هكذا ذكره في «المحيط» و«قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

ثم قال في «البزازية» بعد صحيفة: ولا يملك المضارب الاستدانة؛ وإن رهن من متاع المضاربة بما استدان.. ضمن؛ لاقتصار الدين لزوماً عليه؛ فإذا رهن من متاع المضاربة.. فقد أوفى دينه الخاص من مال رب المال. انتهى.

فظهر منه: أن قوله: «وبرهن» ليس على إطلاقه، بل لا بد أن يستثنى منه ما في «البزازية».

(**ويرتهن**)؛ أي: يقبل به الرهن.

(**ويؤاجر**) أي يدفعه إجارة.

(**ويستأجر**) الأُجَرَاء: لحفظ المال، ويستأجر الدواب: للحمل، ويستأجر المكان والسفن: للحفظ أيضاً.

(**ويحتال بالثمن**)؛ أي: يقبل الحوالة به (**على الأيسر**)؛ أي: الغني (**وغيره**)؛ أي: الفقير.

وَلَو أبضعَ لربِّ المَالِ.. صَحَّ، وَلَا تفْسدُ بِهِ الْمُضَاربَة.

وَلَيْسَ لَهُ:

أنْ يضاربَ ....

والأصل في هذا: أن المقصود من المضاربة: هو الاسترباح، وهو [٤١٨/ب] لا يحصل إلا بالتجارة، وكلّ من هذه التصرفات من صنيع التجار، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميعها.

(**ولو أبضع**) المضارب؛ أي: دفع مال المضاربة بضاعة (**رب المال**) مفعول أيضاً (.. **صح**)؛ لأن البضاعة من صنيع التجار وكونه رب المال لا يمنعه، فوجد المقتضي وارتفع المانع.

(**ولا تفسد به المضاربة**)، خلافاً لزفر؛ فإنه قال: تفسد به؛ لأنه يكون متصرفاً في ملك نفسه لنفسه، فيكون مسترداً.

ولنا: أن التخلية التي هي شرط صحتها قد حصلت، وصارت التصرفات حقاً للمضارب، ومضارب المال في حق التصرف كالأجنبي؛ فإذا أبضع رب المال.. صار كأنه وكّل أجنبياً في التصرف، فصح، فلمّا صح توكيلاً.. لم يكن أخذ رب المال استرداداً.

بخلاف شرط العمل على رب المال ابتداء.. فإنه يمنع التخلية والتسليم، فلم يوجد الشرط.

وبخلاف ما إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال مضاربة.. حيث لا يصح؛ لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب، ولا مال للمضارب ههنا حتى يدفعه إلى رب المال مضاربة؛ فلو جوزناه.. لأدى إلى قلب الموضوع وعكس المشروع، وإذا لم يصح.. بقي عمل رب المال بأمر المضارب، فلا تبطل به المضاربة الأولى.

(**وليس له**)؛ أي: للمضارب في المضاربة المطلقة: (**أن يضارب**)؛ أي: أن يدفع

إِلّا بِإِذنِ ربِّ المَالِ، أَو بقولِهِ لَهُ: «اعْمَلْ بِرَأْيِك».

وَلَا أَن: يقْرِضَ، ....

مال المضاربة مضاربة، لكنه لو دفعه مضاربة.. لا يضمن بنفس الدفع إلى الثاني، بل إن عمل الثاني بيعاً أو شراء.. صار مخالفاً.

ورب المال بالخيار في تضمين الأول أو الثاني؛ فإن ضمن الثاني.. رجع على الأول، وإن ضمن الأول.. صحت المضاربة بين الأول والثاني.

كذا في «البزازية».

وهل له أن يمسك مال المضاربة، ولا يبيع لظن فائدة كثيرة؟

ففي أواخر مضاربة «البزازية»: اشترى المضارب متاعاً، فقال له رب المال: بعه، وأباه المضارب وأراد إمساكه حتى يظفر بربح كثير.. ليس له ذلك، إلا إن أعطى لرب المال ماله إن لم يكن فيه ربح.. فحينئذٍ يملك المضارب إمساكه.

ثم إن كان في المال ربح.. يجبر المضارب على البيع؛ لأنه أجير، إلا إذا أعطى رب المال حقه.. فحينئذٍ لا يجبر المضارب.

وإن لم يكن فيه ربح.. لا يجبر على بيعه أيضاً، ويقال لرب المال: إما أن تأخذه برأس مالك، أو تبيعه لتصل إلى مالك. انتهى.

(**إلا بإذن رب المال أو بقوله له: اعمل برأيك**)؛ لأن الشيء لا يتضمن مثله، ولا يرد: جواز إذن المأذون لعبده، وجواز الكتابة للمكاتب، والإجارة للمستأجر [٤١٩/أ] في مدة استئجاره، والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين.. فإنها أمثال لما يجانسها، وقد تضمنت أمثالها؛ لأن المضاربة تضمنت الأمانة والوكالة ثانياً، وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل، فكذا المضارب: لا يضارب غيره إلا بالإذن، وبصريح قوله: «اعمل برأيك»، بخلاف الإيداع والإبضاع والرهن والارتهان والاستئجار؛ لأنها دونه، فيضمنها.

(**ولا أن يقرض**).

أَو يستدينَ، ....

وفي «قاضي خان»: ولا يأخذ سفتجة مال المضاربة، ولا يدفع مال المضاربة بسفتجة وإن كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك»، إلا أن يأذن له بالسفتجة نصاً.

وذكر فيه أيضاً قبل هذه المسألة: ولا أن يشارك شركة عنان أو مفاوضة، ولا أن يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره.

ولو كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك».. جاز له أن يدفع إلى غيره مضاربة ويشاركه ويخلط ماله بمال المضاربة.

ولو دفع مالاً مضاربة إلى رجل ولم يقل: «اعمل برأيك»، إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون المال، ولا ينهاهم ربّ المال عن ذلك، فعمل في ذلك.. قالوا: إن غلب التعارف بينهم في مثل هذا.. نرجو أن لا يضمن، وتكون المضاربة بينهما على العرف.

لو خلط مال نفسه مال المضاربة.. ضمن عليه.

وكذا: لو شارك مع غيره شركة عنان أو خلط.. ضمن، ويصح بينهما.

وهذا.. إذا لم يقل اعمل برأيك؛ فلو قيل له.. فله أن يخلط؛ فإذا ربح.. قسم الربح بين المالين، فربح ماله خاصة وربح المضاربة على شرطهما. انتهى. كذا في فتاوى «الأنقروي».

(أو يستدين)؛ أي: على مال المضاربة؛ وذلك بأن يشتري سلعة بأكثر من مال المضاربة ديناً في ذمته؛ قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل، إلا أن يأذن له بالاستدانة نصاً. كذا في «قاضي خان».

وإذا لم يكن له أن يستدين على مال المضاربة.. فليس له أن يرهن من متاع المضاربة فيما إذا استدان.

أَو يهبَ، أَو يتَصَدَّقَ إِلّا بتنصيصٍ.

فإِنْ شرى بمالِها بزّاً وقَصَرَهُ، أَو حَمَلَهُ بِمَالِه.. فَهُوَ مُتَبَرّعٌ، وإِنْ قيلَ لَهُ «اعْمَلْ بِرَأْيِك».

وَله الْخَلْطُ بِمَالِه، ....

ولو رهن فيما استدان.. ضمن، على ما صرح به في «البزازية»، وقد ذكرناه من قبل عند قوله: «ويرهن».

(**أو يهب أو يتصدق إلا بتنصيص**)؛ أي: ليس للمضارب هذه التصرفات وإن قال له رب المال: «اعمل برأيك»، إلا أن ينص عليها.

أما القرض والهبة والتصدق.. فلأنها تبرعات، فلا يحصل بها ما هو المقصود، وهو الربح.

وأما الاستدانة؛ فلأنه يصير المال زائداً على ما انعقدت عليه المضاربة، وهو لا يرضى به، ولا باشتغال ذمته بالدين.

(**فإن شرى**)؛ أي: [٤١٩/ب] إذا لم يكن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة؛ فإن شرى (**بمالها**)؛ أي: بمال المضاربة (**بزاً**) بفتح الباء، ثم الزاء المعجمة: نوع من الثياب، (**وقصره**) من القصارة؛ أي: قصره بالماء أو غيره، (**أو حمله**) من موضع إلى آخر (**بماله.. فهو**)؛ أي: المضارب (**متبرع**)؛ لأنه لو لم يكن متبرعاً.. لجاز على رب المال، فيكون مستديناً عليه، وليس للمضارب أن يستدين عليه على ما تقدم.

(**وإن**) - وصلية - (**قيل له: اعمل برأيك**)؛ لأن المراد منه: هو التعميم في مال المضاربة، لا ما يزيد عليه مما ليس من أعمال المضاربة.

(**وله**)؛ أي: للمضارب في المضاربة المطلقة: (**الخلط**)؛ أي: خلط مال المضاربة (**بماله**) وبمال غيره أيضاً. على ما في «قاضي خان» و«البزازية».

والصبغُ إِنْ قيل لَهُ ذَلِك.

فَلَا يضمنُ بِهِ، وَيصيرُ شَرِيكاً بِمَا زَاد الصَّبْغُ، وحصَّتُهُ لَهُ إِذا بيعَ، وَحِصَّةُ الثَّوْبِ فِي الْمُضَاربَةِ.

(**والصبغ إن قيل له ذلك**)؛ أي: اعمل برأيك (.. **فلا يضمن به**)؛ لأنه فعل ما أذن به لدخوله تحت قوله: «اعمل برأيك».

ولو لم يقل بذلك وصنع.. يصير المضارب غاصباً؛ فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء.. ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه، وإن شاء.. أخذ الثوب وأعطى قيمة ما زاد الصبغ يوم الخصومة.

وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل؛ وأما إذا كان فيها فضل.. فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمن - كذا في «شرح الوقاية» - للأسود، وكذا يضمن بالخلط بماله فيما إذا لم يقل: «اعمل برأيك» إذا لم يكن الخلط معتاداً في تلك البلدة، وإلا.. لم يضمن به.

(**ويصير**)؛ أي: المضارب (**شريكاً**)؛ أي: لرب المال (**بما زاد الصبغ**) أحمر أو أصفر، بخلاف الأسود؛ فإنه نقصان عنده.

(**وحصته**)؛ أي: حصة الصبغ (**له**)؛ أي: للمضارب؛ لأن الصبغ بالكسر: عينُ مالٍ قائمٌ بالثوب، وهو له.. فكذا حصته.

بخلاف القصارة والحمل؛ لأنهما ليسا بمال قائم (**إذا بيع**) الثوب المصبوغ.

(**وحصة الثوب**)؛ أي: حين كونه أبيض (**في المضاربة**)؛ أي: باق على المضاربة؛ حتى لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفاً، ومصبوغاً ألفاً ومائتين.. كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب حصة ماله، وهو الصبغ.

قال في «قاضي خان»: ولو دفع مالاً مضاربة إلى رجل، ولم يقل له: «اعمل برأيك»، إلا أن معاملة التجار في تلك البلد أن المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم

رب المال عن ذلك، فعمل في ذلك.. قالوا: إن غلب بينهم في مثل هذا.. نرجو أن لا يضمن، وتكون المضاربة بينهما على العرف.

رجل دفع إلى غيره مالاً مضاربة، ثم إن المضارب شارك رجلاً آخر بدراهم من غير مال المضاربة، ثم اشترى المضارب وشريكه عصيراً من شركتهما، ثم جاء المضارب بدقيق من مال المضاربة فاتخذ منه [٤٢٠/أ] ومن العصير «فلاتج».. قالوا: إن اتخذ الفلاتج بإذن الشريك.. ينظر إلى قيمة الدقيق قبل أن يتخذ منه الفلاتج وإلى قيمة العصير؛ فما أصاب حصة الدقيق.. فهو على المضاربة، وما أصاب حصة العصير.. فهو بين المضارب وبين الشريك.

لكن هذا: إذا كان رب المال قال له: «اعمل فيه برأيك»؛ فإن لم يكن قال له ذلك، وفعل المضارب ذلك بغير إذن الشريك.. فالفلاتج يكون للمضارب وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال، ومثل حصة الشريك من العصير للشريك.

وإن كان رب المال أذن له في ذلك، والشريك لم يأذن.. فالفلاتج يكون للمضارب، والمضارب ضامن حصة شريكه من العصير.

وإن كان الشريك أذن له في ذلك، ورب المال لم يأذن.. فالفلاتج يكون بينه وبين الشريك، وهو ضامن لرب المال مثل الدقيق.

ولو اشترى المضارب دقيقاً بمال المضاربة، فأعطاه رب المال دقيقاً آخر، وقال له: اخلط بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا، فخلط، ثم باع الكل.. قالوا: مقدار ثمن دقيق المضاربة على ما اشترطا في عقد المضاربة، ومقدار ثمن الدقيق الآخر.. كله يكون لرب المال بربحه، وعليه وضيعته، وللمضارب أجر مثل عمله فيما تصرف في ذلك من بيعه، على ما قاله أبو بكر البلخي.

وقال أبو الليث: إنما يكون للمضارب أجر مثله إذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة؛ أما إذا خلط بها.. فلا أجر له؛ لأنه عمل في شيء هو شريك فيه.

وَإِن قُيِّدتْ بِبَلَدٍ، أَو سلْعَةٍ، أَو وَقتٍ، أَو مُعَامِلٍ معيَّنٍ.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يَتَجَاوَزَ؛ كَمَا فِي الشّركَة.

فَإِنْ تجَاوَز.. ضمن، وَالرِّبْحُ لَهُ.

(وإن قيدت)؛ أي: المضاربة - شروع في بيان المضاربة المقيدة - **(ببلد أو سلعة أو وقت أو معامل معين.. فليس له أن يتجاوز)** تلك القيود **(كما في الشركة)**؛ وهذا لأنها تتضمن الوكالة، والتوكيل في شيء معين: يختص به، وفي التخصيص بتلك القيود: فائدة؛ لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص، فيجب رعايتها؛ توفيراً لما هو المقصود، وهو الربح.

وليس له أيضاً أن يبضع من يخرجها من تلك البلدة؛ لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه.. لا يملك تفويضه إلى غيره أيضاً.

(فإن تجاوز)؛ بأن أخرج إلى غير ذلك البلد فاشترى أو اشترى سلعة غير ما عينه، أو في وقت غير ما عينه، أو باع من غير من عينه **(.. ضمن)**، وكان ما اشتراه **(والربح له)** وعليه وضيعته؛ لأنه تصرف في ملك غيره بخلاف أمره، فصار غاصباً.

وإن لم يتصرف فيه ورده إلى البلد الذي عينه.. برئ من الضمان؛ لأنه أمين خالف، ثم عاد إلى الوفاق - كالمودع المخالف: إذا ترك المخالفة - ورجع المال مضاربة [٤٢٠/ب] على حاله؛ لبقائه بالعقد السابق.

وإذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه، وأخرج البعض منه ولم يشتريه، ثم رده إلى الذي عينه.. كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة؛ لما ذكرناه من البقاء في يده بالعقد السابق.

وأما إذا اشترى ببعضه فيه، وببعض آخر في غيره.. فهو ضامن لما اشتراه في غيره؛ وله ربحه وعليه وضيعته؛ لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر، والباقي على المضاربة.

فإن قيل: إن الصفقة متحدة، وفي ذلك: تفريقها.

فإِنْ قَالَ لَهُ: عَامل أهلَ الْكُوفَة، أَو الصيارفةَ، فعاملَ فِي الْكُوفَة غير أَهلهَا، أَو صَارفَ مَعَ غيرِ الصيارفةِ.. لَا يكونُ مُخَالفاً.

وَكَذَا لَو قَالَ: اشْترِ فِي سوقِها، فَاشْترى فِي غَيرِه.

بِخِلَافِ قَوْلِه: «لَا تشترِ فِي غيرِ السُّوق».

قلنا: إن الجزء معتبر بالكل، وإذا اشترى كله في البلد الذي عينه.. بقيت المضاربة على حالها؛ فكذا إذا اشترى لجزئه، وتفريق الصفقة: موضوع إذا استلزم ضرراً، ولا ضرر عند الضمان.

(**فإن قال له: عامل أهل الكوفة أو الصيارفة**)؛ أي: دفع المال إلى المضارب، وقال له هذا اللفظ (**فعامل**) المضارب (**في الكوفة غير أهلها، أو صارف مع غير الصيارفة.. لا يكون مخالفاً**)؛ لأن فائدة التقييد بأهل الكوفة: هو التقييد بالمكان وهو الكوفة، وإذا اشترى بها.. فقد وجد ذلك وإن كان من غير رجل كوفي.

وفائدة التقييد بالصيارفة: هو التقييد بالنوع، وهو الصرف، وقد وجد ذلك.. فلا معتبر بغيره.

ومقتضى اللفظ: قد يعدل عنه بدلالة العرف، والعرف: فيما قلنا.

(**وكذا**)؛ أي: لا يكون مخالفاً (**لو قال**) رب المال: (**اشتر في سوقها**)؛ أي: سوق الكوفة، (**فاشترى في غيره**)؛ أي: غير سوقها؛ لأن المصر مع تباين أطرافها: كبقعة واحدة، فلا تقيد التقييد.

(**بخلاف قوله: لا تشترِ في غير السوق**)؛ لأنه صرح بالحَجْر، والولاية إليه، فيعمل به.

فإن قيل: إنه منقوض بما لو قال: خذه على أن تبيع بالنسيئة، ولا تبع بالنقد، فباع بالنقد.. صح ولم يعد مخالفاً؛ مع أنه صرح بالحجر.

قلنا: إن التقييد بقيد؛ إما مفيد من كل وجه، أو غير مفيد من كل وجه، أو مفيد من وجه غير مفيد من وجه.

وإِنْ قَالَ: «خُذ هَذَا المَال تعْملُ بِهِ فِي الْكُوفَة، أَو فاعملْ بِهِ فِيهَا، أَو خُذْهُ بِالنِّصْفِ فِيهَا».. فَهُوَ تَقْيِيدٌ.

بِخِلَافِ: خُذْهُ، واعملْ بِهِ فِيهَا.

والأول: مقبول.

والثاني: لغو.

والثالث: مقبول عند النهي، لغو عند السكوت عنه.

فالأول: كالتقييد ببلد وسلعة ووقت. وقد تقدم.

والثاني: كصورة النقض.

والثالث: كصورة التقييد بالسوق؛ فإنه مفيد؛ من حيث إن البلد ذات أماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر.

وحكماً: فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة.. ليس له أن يحفظ في غيرها، وقد تختلف الأسعار أيضاً باختلاف أماكنه.

وغير مفيد: من حيث إن المصر مع تباين أطرافه: جعل كمكان واحد؛ كما إذا اشترط [٤٢١/أ] الإيفاء في السَّلَم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة.. فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي عنه؛ لكون ولاية الحجر عليه، ولم تعتبر حالة السكوت عنه، فالنقض بإحدى الصورتين على الآخر ليس في شيء من محل النقض.

(وإن قال: خذ هذا المال تعمل به في الكوفة، أو فاعمل به فيها، أو خذه بالنصف فيها.. فهو تقييد، بخلاف: خذه واعمل به فيها).

اعلم: أن ههنا ستة ألفاظ تفيد تقييداً، ولفظين لا تفيد تقييداً، بل تعتبر مشورة.

والضابط لتمييز ما يفيد التقييد عما لا يفيده: أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلقاً بما تقدم.. جعل متعلقاً به؛ لئلا يلغو.

وإذا أعقبه ما يصلح الابتداء به.. لم يجعل متعلقاً بما تقدم؛ لانتفاء الضرورة، فيحمل على المشورة.

وعلى هذا: إذا قال: خذ هذا المال على أن تعمل كذا، أو في مكان كذا، أو في زمان كذا. وبشخص كذا.

أو قال: خذه تعمل به في الكوفة مجزوماً ومرفوعاً، وكلام المصنف يحتملهما.

أو قال: فاعمل به بالكوفة.

أو قال: خذه بالنصف بالكوفة.

أو قال: لتعمل به بالكوفة، ولم يذكره المصنف؛ لأن قوله: «تعمل» بالرفع يعطي معناه.

فقد أعقب لفظ المضاربة في هذه الصور الست بما لا يصح الابتداء به؛ فإنه لا يصح الابتداء بقوله: «على أن تعمل كذا»، وبقوله: «تعمل به في الكوفة»، وبقوله: «فاعمل به فيها»، وكذا بغيرها، وهو ظاهر، لكنه يصح جعله متعلقاً بما قبله، فجعل قوله: «على أن تعمل كذا»: شرطاً.

والمفيد من الشرط معتبر، وهو يفيد صيانة المال؛ لما ذكرناه: من أن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأوقات والأشخاص.

وقوله: «تعمل به في الكوفة»: تفسير لقوله: «خذ هذا المال» أي: مضاربة.

وقوله: «فاعمل به في الكوفة»: في معناه؛ لأن الفاء فيها للوصل والتعقيب، والمتصل المتعقب للمبهم: تفسير له.

وكذا قوله: «خذه بالنصف بالكوفة»؛ لأن «الباء» للإلصاق ويقتضي إلصاق موجب كلامه - وهو العمل بالمال - ملصقاً بالكوفة؛ بأن يكون العمل فيها.

وقوله: «خذه واعمل به في الكوفة» بواو، وكذا بغير واو، فقد أعقب فيه ما يصح الابتداء به.

وللمضاربِ أنْ يَبِيعَ بنسيئةٍ، مَا لم يكن أَجَلاً لَا يَبِيعُ إِلَيْهِ التُّجَّارُ.

أما بغير واو: فظاهر.

وأما بواو: فلأن الواو مما يجوز الابتداء، فاعتبر كلاماً مبتدأ، فيجعل مشورة؛ كأنه قال: إن فعلت كذا.. كان أنفع.

فإن قيل: فلِمَ لم تُجعَل واوَ الحال كما في قوله: «أدّ إليّ ألفاً وأنت حر»؟

قلنا: لعدم صلاحيته لذلك ههنا؛ لأن [٤٢١/ب] العمل بعد الأخذ، لا حال الأخذ، فلا مقارنة.

قال في «البزازية» في الألفاظ: ما يكون شرطاً ستة: دفعت على أن تعمل بخوارزم، أو لتعمل بها بخوارزم، أو تعمل بها مجزوماً أو مرفوعاً، أو فاعمل في خوارزم، أو قال دفعت إليك مضاربة بخوارزم.

ولو قال: دفعت مضاربة فاعمل بخوارزم أو اعمل فيها.. مشورة لا تفيد. انتهى.

(وللمضارب)؛ أي: في مطلقها **(أن يبيع بنسيئة ما لم يكن أجلاً لا يبيع إليه التجار)**؛ لدخوله تحت إطلاق العقد.

بخلاف الأجل الذي لا يبيع إليه التجار؛ كأن باع إلى عشر سنين على ما ذكره في «النهاية».. فإنه يجوز؛ لخروجه عن صنيع التجار، فلا يشمله العقد.

وله أيضاً: أن يبيع بما لا يتغابن الناس عند أبي حنيفة إذا قيل: «اعمل برأيك».

خلافاً لهما؛ حيث لا يجوز بما لا يتغابن الناس عندهما. على ما صرح به في «المحيط» و«قاضي خان» و«البزازية».

ولو اشترى بما لا يتغابن الناس فيه.. لا يجوز بالاتفاق؛ قال: اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه تبرع.

وله أيضاً: الشراء الفاسد.. لو كان ما اشتراه مما يملك بالقبض لحصول الربح، ولا يملك شراء ما لا يملك بالقبض كالدم والميتة والخمر والخنزير وأم الولد والمدبّر؛ يعلم بذلك أو لا؛ لعدم حصول الربح.

وإِنْ بَاعَ بِنَقْدٍ ثمَّ أَخَّرَ.. صَحَّ إِجْمَاعًا.

وَلهُ أَنْ يَأْذَنَ لعبدِ الْمُضَاربَةِ فِي التِّجَارَةِ.

وَلَيْسَ لَهُ أَن يُزَوّجَ عبداً أَو أمةً من مَالهَا.

(وإن باع بنقد، ثم أخر.. صح إجماعاً)؛ لأن الوكيل يملكه، فكذا المضارب، غير أن الوكيل: إذا أخر الثمن.. يضمنه، والمضارب لا؛ لأنه يملك إقالة العقد ثم البيع نسيئة، لا الوكيل، كذا في «البزازية».

(وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة)؛ لأنه بمنزلة الإبضاع، وله ذلك كما مر، فكذا هذا.

وعن محمد: أنه ليس له ذلك كالمضاربة.

قلنا: المضارب يصير شريكاً، والعبد لا يصير شريكاً له، فافترقا. كذا في «الزيلعي».

قال في «المحيط»: أذن المضارب للعبد في التجارة.. جاز على رب المال في ظاهر الرواية؛ لأن الإذن من صنيع التجار، فيملكه المضارب، ويملك العبد المأذون من جهة المضارب ما يملك المضارب من التصرفات دون ما لا يملكه.

وإن اشترى ذلك العبد المأذون عبداً من تجارته فجنى.. لا يدفعه ولا يفديه حتى يحضر المضارب أو رب المال؛ لأنه لا يملك أن يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه.

(وليس له أن يزوج عبداً أو أمة من مالها)؛ أي: من مال المضاربة.

عن أبي يوسف [٤٢٢/أ]: أنه يزوج الأمة؛ لأنه من الإكساب؛ لأنه يصل إلى مهرها وإلى سقوط نفقتها عنه، بخلاف تزويج العبد؛ فإن فيه إشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به.

ولهما: أنه ليس من باب التجارة، فلا يدخل تحت إطلاق العقد؛ لأن العقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة لا غير، وصار كالكتابة والإعتاق على مال؛ فإنه

وَلَا أنْ يَشْتَرِيَ بِهِ من يَعْتِقُ على ربّ المال؛ فَإِن شرى كَانَ.. لَهُ لَا لَهَا.

وَلَا أنْ يَشْتَرِيَ من يَعْتِقُ عَلَيْهِ إنْ كَانَ فِي المَال ربحٌ، ....

اكتساب، ولكن لما لم يكن تجارة.. لا يدخل تحت عقد المضاربة. فكذا هذا.

وهل للمضارب أن يتزوج أمة من مال المضاربة؟

ففي «قاضي خان»: ولو تزوج المضارب أمة للمضاربة؛ فإن كان في المال ربح.. لا يجوز له نكاحها؛ أذن له رب المال أو لم يأذن.

فإن لم يكن في المال ربح؛ فإن تزوجها بإذن رب المال.. جاز، وتخرج الأمة من المضاربة وتصير محسوبة عن رأس مال المضاربة على رب المال؛ لأن المضاربة انفسخت فيها؛ لإقدامهما على نكاحها.

وقال في «المحيط»: وعن محمد: لا يطأ رب المال، ولا المضارب جارية المضارب، ولا يقبلها، ولا يمسُّها بشهوة وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال.

(**ولا أن يشتري به من يعتق على رب المال**) بقرابة أو بسبب يمين؛ بأن حلف رب المال على عتقه إن ملكه؛ وهذا لأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح، وذلك بالبيع بعد الشراء، وفي التصرف فيه مرة بعد أخرى، والعتق ينافيه.

بخلاف الوكيل بشراء العبد؛ حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل؛ لأن التوكيل هناك مطلق، فيجري على إطلاقه، وهنا: مقيد بمال يمكن التجارة فيه؛ حتى لو وجد في الوكالة أيضاً ما يدل على التقييد؛ بأن قال: اشتر لي عبداً أبيعه أو جارية أطؤها.. كان الحكم كذلك.

(**فإن شرى.. كان له**)؛ أي: للمضارب (**لا لها**)؛ أي: لا للمضاربة؛ لأن الشراء إذا لم يجد نفاذاً على رب المال.. نفذ على المشتري.

(**ولا أن يشتري من يعتق عليه**)؛ أي: على المضارب (**إن كان في المال ربح**)؛ لأنه يعتق نصيبه، ويفسد بسببه نصيب رب المال، أو يعتق؛ على الاختلاف الذي مر في العتق بين أبي حنيفة وصاحبيه، فيمتنع التصرف فيه.

فَإِن فعلَ.. ضَمِنَ، وإِنْ لم يكن ربحٌ.. صَحَّ.

والمراد بظهور الربح هنا: أن يكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال؛ سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لا؛ لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال.. لا يظهر ملك المضارب فيه، بل يجعل مشغولاً برأس المال؛ حتى إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف، ثم اشترى [٤٢٢/ب] المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل.. لا يعتق عليه.

وكذا: لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر، وقيمة كل واحد ألف أو أقل، فاشتراهم.. لا يعتق واحد منهم؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال، ولا يملك المضارب منهم شيئاً؛ حتى تزيد قيمة كل واحد على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر.

قال في «المحيط»: وليس للمضارب أن يكاتب؛ لأن الكتابة ليست بتجارة؛ فإن كاتب وليس فيه فضل.. فما أداه: يكون من مال المضاربة، فلا يعتق.

ولو كاتب، وفيه فضل.. تصح الكتابة في حصة المضارب عند أبي حنيفة، والباقي على المضاربة؛ لأن عنده: الكتابة تتجزأ كالعتق.

وعندهما: لا تتجزأ، فللآخر نقض الكتابة؛ دفعاً للضرر عن نفسه.

فإن لم ينقض الكتابة حتى أداها.. عتق نصيب المضارب عنده.

وعندهما: يعتق الكل، وما قبض المضارب من المكاتبة.. فربعه له، وثلاثة أرباعه يكون على المضاربة، فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة، وما بقي: يكون بينهما على الشرط. انتهى.

(**فإن فعل**) المضارب ذلك؛ أي: شراء من يعتق عليه، وفي المال ربح (.. **ضمن**)؛ لأنه صار مشترياً العبد لنفسه؛ لعدم دخوله تحت إطلاق العقد، فيضمن بالنقد من مال المضاربة.

(**وإن لم يكن**) في المال (**ربح**)؛ بأن لم يكن في قيمة العبد زيادة على رأس المال (.. **صح**) شراؤه للمضاربة؛ لأنه إذا لم تزد قيمته على رأس المال.. لا يعتق

فإِنْ حدثَ ربحٌ بعد الشِّرَاءِ.. عتقَ نصِيبُه، وَلَا يضمنُ، بل يسْعَى الْمُعْتَقُ فِي نصيبِ ربِّ المَالِ.

وَلَو اشْترى الْمضَاربُ بالنّصْفِ: أمةً بِأَلف، وَقيمتُهَا ألفٌ، فَولدت ولداً يُسَاوِي ألفاً فَادَّعَاهُ مُوسِراً ....

عليه؛ إذ لا ملك للمضارب فيه؛ لكونه مشغولاً برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة.. فيجوز الشراء.

(**فإن حدث ربح بعد الشراء**)؛ بأن كانت قيمته وقت الشراء: قدر رأس المال أو أقل، ثم زادت قيمته على رأس المال (.. **عتق نصيبه**)؛ لأنه ملك بعض قريبه.

(**ولا يضمن**) لرب المال شيئاً؛ لأنه لا صنع له فيه، وإنما عتق عليه نصيبه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة بلا صنع منه؛ فصار كما إذا ورثه مع غيره؛ كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً.. عتق نصيب الزوج، ولا يضمن لأخيها شيء؛ لعدم الصنع منه.

(**بل يسعى المعتق في نصيب رب المال**)، وهو رأس المال، وحصة رب المال من الربح، وهذا لأنه احتسبت مالية العبد عند العبد، فيسعى فيه كما في الورثة؛ فإن العبد لو كان موروثاً بين اثنين وأحدهما أبوه.. فالعبد يعتق عليه، ويسعى في نصيب الآخر، ولا يضمن.

هذا، ولو اشترى المضارب نصف قريبه بمال المضاربة، ولا فضل فيه، ونصفه بماله.. صح عليهما؛ لأن هذا النصف لا ربح فيه، فلم يثبت العتق [٤٢٣/أ] فيه، وإنما دخل العتق فيه حكماً بما اشتراه لنفسه، فلم يصر مخالفاً.. فلا يضمن، بل يسعى العبد لرب المال. كذا في «الزيلعي».

(**ولو اشترى المضارب بالنصف: أمة بألف**) وهي مال المضاربة (**وقيمتها ألف**)، فوطئها المضارب، (**فولدت ولداً يُساوى**) قيمة الولد (**ألفاً، فادعاه**) المضارب أنه ابنه (**موسراً**)؛ أي: حال يساره.

إنما قيده به؛ لنفي شبهة؛ هي: أن الضمان إنما هو بسبب دعوة المضارب، وهو ضمان إعتاق في حق الولد، وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار، فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً، ومع ذلك لا يضمن.

ووجه الدفع: أن دعوة المضارب صحيحة في الظاهر؛ لصدورها عن أهلها في محلها؛ حملاً لها على الفراش بالنكاح؛ بأن زوَّجها منه البائع، ثم باعها منه وهي حبلى منه؛ حملاً لأمره على الصلاح.

ولكن لا تنفذ هذه الدعوى؛ لعدم الملك، وهو شرط فيه؛ إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه، وذلك لأن مال المضاربة: إذا صارت أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال.. لا يظهر الربح فيه، والرقيق أجناس مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وعندهما أيضاً في رواية كتاب المضاربة.

وإذا لم يظهر فيه ربح.. لم يكن للمضارب نصيب في الأمة، ولا في الولد.. فلا تنفذ دعواه؛ لأن الثابت له حينئذ: مجرد حق التصرف، وذلك لا يكفي في نفاذ دعواه، وإذا لم تنفذ دعواه.. فلا ضمان عليه.

فإن قيل: إن الجارية كانت متعيّنة لرأس المال قبل الولد، فتبقى كذلك بعده، وتعين أن يكون الولد كله ربحاً.

قلنا: تعينها كان لعدم المزاحم، لا لأنها رأس المال؛ فإن رأس المال: هو الدراهم، وبعد الولد تحققت المزاحمة، فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى لذلك من الآخر، فاشتغلا برأس المال؛ دفعاً للترجيح بلا مرجح.

وهذا، بخلاف ما إذا اشترى المضارب بألف المضاربة فرسين، كل واحد منهما يساوي ألفاً؛ حيث يظهر الربح فيه.. كان للمضارب فيه ربعهما؛ حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه.. صحّ.

فَصَارَتْ قِيمَتُه ألفاً وَنصفه.. استسعاه ربُّ المَالِ فِي ألفٍ وربعِهِ، أَو أعْتقهُ.

وذلك لأن الفرسين جنس واحد يقسمان جملة عندهما، وإذا اعتبرا جملة.. حصل البعض ربحاً.

بخلاف العبدين؛ فإنهما جنسان عندهم، فلا يقسمان جملة واحدة، بل كل واحد يكون بينهما على حاله؛ لعدم الأولوية [٤٢٣/ب]، فلا يظهر الربح.

(**فصارت**)؛ أي: بعد الدعوة (**قيمته**)؛ أي: قيمة الولد (**ألفاً ونصفه**)؛ أي: نصف الألف (.. **استسعاه رب المال في ألف وربعه**)؛ أعني: مائتين وخمسين.

(**أو أعتقه**)، وذلك لأنه لما ازدادت قيمة الغلام وصارت ألفاً ونصفه.. ظهر الربح فيه في ذلك الوقت ونفذ؛ لأن سببها كان موجوداً، وهو فراش النكاح على ما ذكرناه، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع، وهو عدم الملك؛ فإذا زال المانع.. صار نافذاً.

بخلاف ما إذا أعتق المضاربُ الولدَ، ثم ازدادت قيمته على رأس المال.. حيث لا ينفذ إعتاقه السابق؛ لأن الإعتاق إنشاء العتق، ولم يصادف محله؛ لعدم الملك، فكان باطلاً، وإذا بطل.. لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك.

وأما الدعوة: فإخبار؛ فإذا ردَّ في حق غيره [.. فهو باقٍ] في حق نفسه؛ فإذا ملكه بعد ذلك.. نفذت دعوته فيه؛ كما إذا أقر بحرية عبد لغيره.. يرد إقراره؛ فإذا ملكه بعد ذلك.. نفذ عليه وصار حراً.

ولو أعتق عبد الغير، ثم ملكه.. لا ينفذ عتقه؛ فإذا نفذت دعوته فيه.. صار الغلام ابناً له، وعتق عليه بقدر نصيبه منه وهو ربعه، ولم يضمن حصته رب المال من الولد؛ لأن عتقه يثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات جزئين، والملك آخرهما وجوداً، فيضاف الحكم - وهو: العتق - إليه على ما هو الأصل في أمثاله؛ كما في مسألة: وضع القفيز الأخير في السفينة والقدح الأخير؛ فإن الضمان: يضاف إلى القفيز الأخير في السفينة، والسكر إلى القدح الأخير في الشرب، ولا صنع

فَإِذا قبضَ الْألفَ.. ضمنَ الْمُدَّعِي نصفَ قيمَةِ الْأمةِ.

للمضارب في الملك، فلا يجب عليه الضمان؛ لعدم التعدي منه؛ إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي؛ فإذا انتفى الضمان عنه.. كان رب المال بالخيار بين الاستسعاء والإعتاق.

فإن شاء.. استسعى الغلام؛ لاحتباس ماليته عنده، وإن شاء.. أعتقه؛ لكونه قابلاً للعتق؛ فإذا اختار الاستسعاء.. استسعاه في الألف ومائتين وخمسين؛ لأن الألف: تستحق له برأس المال، ومائتين وخمسين: نصيبه من الربح.

(**فإذا قبض**) رب المال من الغلام (**الألف**)؛ أي: رأس المال (.. **ضمن المدعي**)؛ أي: المضارب (**نصف قيمة الأمة**)؛ لأن الألف المأخوذة من الولد لما استحق برأس المال؛ لكونه مقدماً في الاستسعاء على الربح.. ظهر أن الجارية كلها ربح، فتكون بينهما، وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة، فيضمن.

وضمان [٤٢٤/أ] التملك: لا يستدعي صنعاً، بل يعتمد التملك، وقد حصل، فيضمن نصيب رب المال موسراً أو معسراً؛ لأن ضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار؛ كما إذا استولد جارية بالنكاح، ثم ملكها، هو وغيره وراثة.. فإنه يضمن لشريكه نصيبه؛ كالأخ تزوج بجارية أخيه، فاستولدها، فمات المزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر، فملكها الزوج بغير صنعه، ويضمن نصيب شريكه.

بخلاف ضمان الولد؛ فإنه ضمان إعتاق، وهو إتلاف؛ فلا بد من التعدي، وهو لا يتحقق بدون صنعه، ولا صنع له فيه. على ما سبق.

هذا فيما إذا زادت قيمة الولد على ألف.

ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم عليه حتى صارت تساوي ألفاً وخمسمائة.. صارت الجارية أم ولد للمضارب، ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهماً؛ لأنها لما زادت قيمتها.. ظهر الربح فيها، وملك المضارب

بعض الربح، فنفذت دعوته فيها، ويجب عليه لرب المال رأس ماله: وهو ألف، ويجب عليه نصيبه من الربح: وهو مائتان وخمسون.

فإذا وصل إلى يده ألف.. استوفى رأس المال، وصار الولد كله ربحاً، فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه، وما لم يصل إلى رب المال الألف.. فالولد رقيق.

ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح.

ولو ازدادت قيمتها.. عتق الولد، وصارت الجارية أم ولد له؛ لأن الربح ظهر في كل واحد منهما، ويأخذ رأس المال من المضارب؛ لأن ما وجب عليه أيسر المالين؛ لأنه معجل وهو موسر، والسعاية مؤجلة والعبد معسر.

ويأخذ منه أيضاً ما بقي من نصيبه من الربح، ويضمن أيضاً نصف عقرها؛ لأنه لما استوفى رأس المال.. ظهر أنه ربح؛ لأن عقر مال المضاربة: يكون للمضاربة، ويسعى الغلام في نصيب رب المال، ويسقط منه نصيب المضارب. كذا في «الزيلعي».

* * *

(بَابُ الْمضَارِبِ يضاربُ)

فإنْ ضَاربَ الْمضَاربُ بِلَا إِذنٍ.. فَلَا ضَمَانَ مَا لم يعْملِ الثَّانِي فِي ظَاهر الرِّوَايَة، وَهُوَ قَوْلهمَا.

وَفِي رِوَايَةِ الْحسنِ عَنِ الإِمَامِ: لَا يضمنُ بِالْعَمَلِ أَيْضاً مَا لم يربحْ.

(بَابُ الْمضَارِبِ يضاربُ)

أي: مع آخر (فإن ضارب المضارب)؛ أي: دفع مال المضاربة إلى آخر مضاربة (بلا إذن) من رب المال (.. فلا ضمان ما لم يعمل) المضارب (الثاني في ظاهر الرواية، وهو قولهما)؛ أي: قول أبي يوسف ومحمد.

ثم رجع أبو يوسف وقال: يضمن بالدفع بدون اشتراط العمل، وبه قال زفر؛ لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع؛ لعدم الإذن بغيره، ودفعه مضاربة ليس على وجه [٤٢٤/ب] الإيداع، فلا يملكه.

ولهما: أن دفعه: إيداع حقيقة، وإنما يتضرر كونه للمضاربة بالعمل، فكان الحال قبله موقوفاً؛ إن عمل.. ضمن، وإلا.. فلا.

(وفي رواية الحسن عن الإمام) أبي حنيفة: (لا يضمن) المضارب الأول (بالعمل)؛ أي: بعمل المضارب الثاني (أيضاً)؛ أي: كما لا يضمن بمجرد الدفع بدون العمل (ما لم يربح) المضارب الثاني.

وله: أن الدفع قبل العمل: إيداع، وبعده: إبضاع، والفعلان يملكهما المضارب، فلا يضمن بهما؛ لعدم المخالفة بهما، إلا أنه إذا ربح.. فقد أثبت له شركة في المال، فصار مخالفاً؛ لاشتراك الغير في ربح مال رب المال، وفي ذلك إتلاف، فيوجب الضمان؛ كما لو خلطه بغيره.

ثم وجوب الضمان عليه بالربح، أو بالعمل، أو بمجرد الدفع - على ما ذكرناه -: فيما إذا كانت المضاربتان صحيحتين.

وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما.. فلا ضمان على واحد منهما؛

وإِنْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ فَاسِدَةً.. فَلَا ضَمَانَ وإِنْ ربحَ.

وَحَيْثُ ضَمِنَ.. فلربِّ المَالِ تضمينُ أَيِّهمَا شَاءَ فِي الْمَشْهُورِ.

لأنهما، إن كانت الثانية هي الفاسدة.. صار أجيراً، وللأول أن يستأجر من يعمل في المال. على ما تقدم.

وإن كانت هي الأولى.. فكذلك الجواب؛ لأن فسادها يوجب فساد الثانية؛ لأن الأولى لما فسدت.. صارت إجارة، وصار الربح كله لرب المال.

ولو صحت الثانية في هذه الحالة.. لصار الثاني شريكاً، وليس للأجير: أن يشارك غيره، بل المضارب لا يملك ذلك، فكانت فاسدة بالضرورة، وكانا أجيرين.

وكذا إذا كانتا فاسدتين؛ فإذا كانا أجيرين.. لا يضمن واحد منهما، بل له أجر مثله، كذا في «الزيلعي» و«العناية».

فعلى هذا: لا وجه لتخصيص الفساد بالثانية في قوله: (**وإن كانت الثانية فاسدة.. فلا ضمان**)؛ أي: على واحد منهما (**وإن ربح**)؛ لما ذكرناه.

والحاصل: أنه لا ضمان على كل واحد منهما؛ سواء: فسدت الثانية، أو الأولى، أو كلاهما؛ غير أنه: إذا فسدت الثانية.. يكون الأول: مضارباً على شرطهما، والثاني: أجيراً له أجر مثله.

وإذا فسدت الأولى أو كلاهما.. يكون كل منهما أجيراً له أجر مثلهما.

فإن قيل: الأجير ليس له أن يستأجر للعمل، فكيف جاز هنا للمضارب الأول أن يستأجر بعد ما فسدت الأولى، وهو أجير فيها؟

قلنا: الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها، فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة.. كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضاً.

(**وحيث ضمن**)؛ أي: حيث لزم الضمان على المضارب (.. **فلرب المال تضمين أيهما شاء في المشهور**) من [٤٢٥/أ] الرواية؛ لأن المضارب الأول: صار غاصباً بدفعه إلى غيره بغير إذن رب المال، والمضارب الثاني: صار قابضاً مال الغير بغير

وَقيل: على الْخلافِ فِي إِيدَاعِ الْمُودَعِ.

وَإِن أَذِنَ لَهُ بالمضاربةِ فضاربَ بِالثُّلثِ وَقد قيل لَهُ: «مَا رزقَ اللهُ تعالى بَيْننَا نِصْفَانِ، أَو فلي ....

إذن صاحبه، وكلٌّ من الأمرين: مدار الضمان، فيخير صاحبه أيهما شاء، وهذا اتفاقي في المشهور.

(**وقيل: على الخلاف في إيداع المودع**)؛ يعني: أن أبا حنيفة لا يوجب الضمان على مودع المودع، وصاحباه يوجبان.

فقال بعض مشايخنا: إن إيجاب الضمان على المضارب الثاني جاز على أصل الإمامين في مودع المودع.

ولا يجب عند أبي حنيفة كما لا يجب على مودع المودع عنده، فلا بد من بيان الفرق في المسألتين على قول أبي حنيفة المشهور.

وذلك: أن مودع المودع: يقبضه لمنفعة الأول.. فلا يضمن.

والمضارب الثاني: يعمل فيه لمنفعة نفسه.. فيضمن.

ثم إن ضمن الأول.. صحت المضاربة الثانية؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال؛ فصار كما إذا دفع مال نفسه.

وإن ضمن الثاني.. رجع على الأول بما ضمن؛ لأنه مغرور من جهته؛ كمودع الغاصب.

وتصح المضاربة الثانية بينهما، والربح على ما شرطا بينهما؛ لأن قرار الضمان على الأول؛ فكأنه ضمنه ابتداء، ويطيب الربح للثاني، ولا يطيب للأول؛ لأن الثاني يستحق بعمله ولا خبث في عمله، والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان، ولا يعرى عن نوع خبث؛ لأنه ثابت من وجه دون وجه، وسبيله التصدق.

(**وإن أذن له**)؛ أي: للمضارب (**بالمضاربة، فضارب**) المضارب (**بالثلث، وقد قيل له**)؛ أي: للمضارب الأول: (**ما رزق الله تعالى بيننا نصفان، أو فلي**) مما رزق الله

نصفُه، أَو مَا فضلَ فنصفان».. فَنصفُ الرِّبْحِ لربِّ المَالِ، وَثُلُثه للثَّانِي، وسدُسُهُ للْأَوَّلِ.

وَإِن دفعَ بِالنِّصْفِ.. فنصفُهُ لربِّ المَالِ، وَنصفُه للثَّانِي، وَلَا شَيْءَ للْأولِ.

وَإِن شَرطَ للثَّانِي الثُّلثَيْنِ.. فَكَمَا شَرطَ، وَيضمنُ الأولُ للثَّانِي سدساً.

وَإِن كَانَ قيل لَهُ: «مَا رزقَكَ اللهُ تَعَالَى، أَو مَا ربحتَ بَيْننَا نِصْفَانِ»، فَدفَع بِالثُّلثِ.. فَلِكُلٍّ مِنْهُم ....

(نصفه، أو ما فضل فنصفان.. فنصف الربح لرب المال، وثلثه للثاني، وسدسه للأول)؛ لأن الدفع إلى المضارب الثاني صحيح؛ لأنه كان بأمر الأول، ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل الأول للثاني ثلثه، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنه لا يقدر على أن ينقص من نصيب رب المال شيئاً، فبقي له السدس، ويطيب ذلك لكلهم؛ لأن رب المال يستحقه بماله، والمضارب الأول والثاني يستحقان بعملهما.

(وإن دفع) المضارب الأول (بالنصف)؛ أي: لو قال رب المال للأول: ما رزق الله بيننا نصفان، ودفع المال للثاني بالنصف (.. فنصفه لرب المال، ونصفه للثاني [٤٢٥/ب]، ولا شيء للأول)؛ لأن رب المال شرط النصف له، والمضارب الأول شرط للثاني النصف أيضاً، والشرطان صحيحان، فلم يبق للأول شيء.

(وإن شرط) المضارب الأول (للثاني الثلثين)، وقد قال رب المال للأول: ما رزق الله نصفان بيننا (.. فكما شرط) المضارب الأول؛ أي: للثاني ثلثان من الربح.

(ويضمن) المضارب (الأول للثاني سدساً)؛ لأن رب المال شرط لنفسه النصف، وبعد إخراج الثلثين للثاني: بقي الثلث لرب المال، فكملناه نصفاً بالسدس، ولا مخرج له إلا المضارب الأول.

(وإن كان قيل له: ما رزقك الله تعالى أو ما ربحت بيننا نصفان، فدفع)؛ أي: المضارب الأول (بالثلث.. فلكل منهم)؛ أي: من رب المال والمضارب الأول

ثلثُهُ.

وإِنْ دفعَ بِالنِّصْفِ.. فللثاني نصفه، وَلكُلٍّ من الأولِ، وَربِّ المَالِ ربعٌ.

وَلَو شَرطَ لعبدِ ربِّ المَالِ ثلثاً ليعْمَل مَعَه، ....

والثاني: (ثلثه)؛ لأن المضارب الأول شرط للثاني الثلث، وشرطه صحيح؛ لأنه بإذن المالك.. فله ذلك، فبقي الثلثان واستوى فيه رب المال والمضارب الأول، فلكل منهما ثلث؛ لأن رب المال لم يشترط لنفسه إلا نصف ما ربح الأول، على ما يدل عليه صيغة الخطاب، ولم يربح الأول إلا الثلثين، فكان بينهما.

(وإن دفع) المضارب الأول (بالنصف)، وقد كان قال رب المال: ما رزقك الله أو ما ربحت بيننا نصفان (.. فللثاني نصفه)؛ لأنه شرطه الأول، وشرطه صحيح لما عرفت.

(ولكل من الأول ورب المال: ربع)؛ لما ذكرناه: من أنهما يستويان في استحقاق النصف الباقي، ونصف النصف: ربع.

(ولو شرط)؛ أي: المضارب (لعبد رب المال ثلثا) ليس تقييده بقيد رب المال احترازاً عن عبد المضارب؛ لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه: مثل حكم عبد رب المال، فيجوز أن يكون احترازاً عن الأجنبي؛ فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب.. صح الشرط والمضاربة جميعاً، وصارت المضاربة مع الرجلين.

وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه.. صحت المضاربة مع الأول، والشرط باطل، ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل، ولم يوجد من ذلك شيء. كذا في «العناية».

(ليعمل) العبد (معه)؛ أي: مع المضارب.

وهذا احتراز عما إذا لم يشترط ذلك؛ فإن فيه تفصيلاً على ما في شرح «الهداية»، وذلك:

ولِربِّ المَالِ ثلثاً، ولنفسِهِ ثلثاً.. صَحَّ.

وَتبطلُ:

بِمَوْتِ أَحدِهِمَا، ....

إما أن يكون على العبد دين أو لا.

فإن لم يكن.. صح الشرط؛ سواء كان العبد للمضارب أو لرب المال؛ لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لانتفاء [٤٢٦/أ] ما يوجب استحقاق الربح في حقه.. جعلناه شرطاً في حق مولاه؛ تصحيحاً لكلامه.

وإن كان عليه دين؛ فإن كان عبد المضارب.. فعلى قول أبي حنيفة: لا يصح الشرط، والمشروط كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وللمضارب أيضاً؛ لأنه لا يملك بسبب عبده المديون. عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصح الشرط، ويجب الوفاء به.

وإن كان عبد رب المال.. فالمشروط لرب المال بلا خلاف.

وأما إذا شرطا أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب.. فهو جائز على ما شرطا؛ سواء كان على العبد دين، أو لم يكن؛ لأن للعبد يداً معتبرة، لا سيما إذا كان مأذوناً له، واشتراط العمل: إذن له، فلم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب، بخلاف اشتراط العمل على رب المال؛ لأنه مانع من التسليم.

(**ولرب المال ثلثاً ولنفسه ثلثاً.. صح**)؛ لأن اشتراط العمل على العبد: لا يمنع التخلية والتسليم؛ لأن للعبد يداً معتبرة، خصوصاً إذا كان مأذوناً له، ولهذا.. لا يلي المولى بأخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه، وإذا لم يمنع التخلية.. لم يمنع الصحة، وإذا صح.. يكون الثلث للمضارب عملاً بالشرط، والثلثان للمولى؛ لأن اشتراطه لعبده: يكون اشتراطاً للمولى؛ فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح؛ لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه.. فكسبه للغرماء.

(**وتبطل**)؛ أي: المضاربة (**بموت أحدهما**)؛ لأن المضاربة: توكيل، والوكالة

تبطل بموت أحدهما، فكذا هذا.

وهل يشترط عِلم الآخر بموت أحدهما؟

أطلقه في «الهداية» وشروحه ولم يصرحوا بذلك.

وصرح في «قاضي خان»: بعدم اشتراط علم المضارب بموت رب المال، ولم يتعرض لعكسه؛ حيث قال: وتبطل المضاربة بموت رب المال؛ علم المضارب بذلك أو لم يعلم، حتى لا يملك المضارب الشراء بعد ذلك بمال المضاربة، ولا يملك السفر، ويملك بيع ما كان عرضاً لينقد المال؛ لأنه عزل حكمي.

ولو عزله قصداً.. يملك بيع ما كان اشترى من العروض.

ولو خرج المضارب بعدما مات رب المال إلى مصر رب المال.. لا يضمن استحساناً، هكذا ذكره في «البزازية»؛ حيث قال: وبموت رب المال ينعزل المضارب، [ولو خرج] بعدما مات رب المال.. إلى مصر رب المال لا يضمن استحساناً. انتهى.

هكذا ذكره في «البزازية»؛ حيث قال: وبموت رب المال ينعزل المضارب [٤٢٦/ب]؛ علم أو لا، فلا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع المشترى لينقد المال. انتهى.

والذي ظهر من قولهما: «لينقد المال»: أن المضارب يملك بيع العروض بعد موت رب المال بالنقد لا بالعروض.

لكنه قال في «البزازية» بعد هذا: مات المضارب والمال عروض.. فولاية البيع لوصي المضارب.

وقيل: للوصي ولرب المال معاً؛ لأن المال مشترك بينهما.

وإن مات رب المال، والمال نقد.. بطلت المضاربة في حق التصرف.

وبلحاقِ ربِّ المَالِ مُرْتَداً، ....

وإن عرضاً: في حق المسافرة.. تبطل لا في حق التصرف، فيملك بيعه بالعروض والنقد. انتهى.

فقد أفاد بقوله: «يملك بيعه بالعرض والنقد»: أن للمضارب بيع العروض بالنقد، والعروض بعد موت رب المال على خلاف ما ذكره أوّلاً.

وقال في «البزازية» أيضاً: ولو أتى المضارب مصراً واشترى شيئاً، فمات رب المال وهو لا يعلم ذلك، فأتى بالمتاع مصراً آخر.. فنفقة المضارب في مال نفسه، وهو ضامن لما هلك في الطريق، وإن لم يسلم المتاع.. جاز بيعه؛ لبقائها في حق البيع.

ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال، ثم مات.. لم يضمن نفقته في سفره. انتهى.

والذي يقتضيه النظر: أنها لما كانت مثل الوكالة.. لم يشترط العلم بموت أحدهما - أيهما كان - في بطلان المضاربة بالموت كما في الوكالة.

(**وبلحاق رب المال مرتداً**)؛ أي: تبطل بالقضاء: بلحاق رب المال بدار الحرب مرتداً؛ لأن بعد القضاء بلحاقه مرتداً: صار بمنزلة الموت، ولهذا.. يورث ماله، وتعتق أمهات أولاده ومدبروه، فبطلت المضاربة بالاتفاق.

وأما قبل القضاء بلحاقه.. فيتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة؛ فإن أسلم.. نفذ كما كان، وإن قتل مرتداً، أو مات عليه، أو حكم بلحاقه.. بطلت المضاربة؛ لأنه يتصرف لرب المال، فكان كتصرف رب المال بنفسه، وتصرفه موقوف عند أبي حنيفة؛ فكذا تصرف من يتصرف له.

وعندهما: يجوز بلا توقف. كذا في «شرح المجمع».

ثم هذا: إذا لم يعد مسلماً؛ أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء بلحاقه أو بعد القضاء به.. فكانت المضاربة باقية كما كانت.

لَا بلحاقِ الْمضَارِبِ.

وَلَا يَنْعَزِلُ بعزلِهِ مَا لم يعلمْ بِهِ ....

أما قبل القضاء: فلأنه بمنزلة الغيبة، وهي لا توجب بطلان المضاربة.

وأما بعده: فَلِحَقِّ المضارب؛ كما لو مات حقيقة، ثم أحياه الله تعالى.. لم تبطل المضاربة؛ لحق المضارب. كذا في «العناية».

قال شمس الأئمة: لو أحياه الله تعالى بعد الموت.. أخذ ما وجده من أعيان ماله في [٤٢٧/أ] يد وارثه.

(لا بلحاق المضارب)؛ أي: عندهم جميعاً.

أما عندهما: فلأنه بمنزلة عندهما في جميع تصرفاته.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن ردته إنما تنافي الولاية الأصلية دون الولاية المستفادة من جهة الغير؛ لأن مدار هذه الولاية على العقل وقصد التصرف وصلاحية الذمة، ولا خلل في ذلك، فصحت عبارته ونفذت وكالته؛ حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع، ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب.. جازت تلك التصرفات كلها، والربح بينهما على ما شرطا.

وتوقف تصرف المرتد عند أبي حنيفة؛ لتعلق حق الوارث بماله.

ولا توقف في ملك رب المال؛ لعدم تعلقهم به، فبقيت المضاربة كما كانت، غير أن ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى: يكون على رب المال في قول أبي حنيفة؛ لأن حكم العهدة يتوقف بردته؛ لأنه لو لزمته.. تقضى من ماله، ولا تصرف له فيه بعد ارتداده، فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء.

وعندهما: حاله في التصرف بعد الردة: كهي فيه قبلها، فالعهدة عليه، ويرجع على رب المال.

(ولا ينعزل بعزله)؛ أي: بعزل رب المال (ما لم يعلم) المضارب (به)؛ أي: بالعزل؛ لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه.. فلا ينعزل

فإِنْ علمَ وَالْمَالُ عرُوضٌ.. فَلهُ بيعهَا، وَلَا يَتَصَرَّفُ فِي ثمِنهَا.

وَإِن كَانَ نَقْداً من جنسِ رَأسِ المَالِ.. لَا يتَصَرَّفُ فِيهِ.

وإِنْ مِن غيرِ جنسِهِ.. فَلهُ تبديلُه بِجِنْسِهِ اسْتِحْسَانًا.

بدونه، حتى لو اشترى وباع بعد عزله وقبل علمه.. يصح تصرفه.

وإنما قلنا: «(قصداً)»؛ لأن العزل الضروري لا يتوقف على العلم؛ كما في موت رب المال والموكل؛ فإن المضارب والوكيل: ينعزلان بموتهما وإن لم يعلما بذلك.

(**فإن علم**) بعزله (**والمال عروض.. فله بيعها**) نقداً ونسيئة، حتى لو نهاه عن البيع نسيئة.. لم يعمل نهيه؛ لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد، والربح إنما يظهر بالقسمة، والقسمة تبتنى على رأس المال بتمييزه، ورأس المال إنما يتميز ويحصل بالبيع نقداً ونسيئة.

(**ولا يتصرف في ثمنها**)؛ أي: ثمن ما باع من العروض بعد؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال، وقد اندفعت من حيث صار نقداً، فيعمل.

(**وإن كان نقداً**) من دراهم أو دنانير وقد كان علم بعزله (**من جنس رأس المال.. لا يتصرف فيه**)؛ لأنه ليس في إعمال عزله: إبطال حقه في الربح؛ لظهوره، فلا ضرورة في ترك الإعمال.

(**وإن**) كان (**من غير جنسه**)؛ بأن كان المال دراهم ورأس المال دنانير، أو على العكس (.. **فله**)؛ أي: للمضارب (**تبديله بجنسه** [٤٢٧/ب] **استحساناً**)؛ لأن الربح لا يظهر إلا به، وصار كالعروض.

وفي القياس: لا يبدله؛ لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية، فيظهر الربح بأيهما كان.

وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقاً والمال عروض.. كعزله والمال عروض؛ حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه، كما لا يمنعه عزله منه؛ لأن جواز بيعه له بعد العزل لأجل حق المضارب؛ لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر، وذلك لا

وَلَو افْتَرقَا وَفِي المَال دينٌ على النَّاسِ لزمَهُ الِاقْتِضَاءُ إن كَانَ ربحٌ، وإِلّا.. فَلَا. ويوكلُ الْمَالِكَ بِهِ، وَكَذَا سَائِرُ الوكلاءِ.

يختلف بين أن يكونِ العزل قصداً أو حكماً كما في الأمور المذكورة؛ لأن حقه فيه ثابت على كل حال.

بخلاف ما إذا لم يكن فيه حق؛ بأن كان المال كله نقداً من جنس رأس المال، أو كان وكيلاً لا مضارباً.. حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي؛ فإنه لا ينعزل في القصدي، إلا إذا علم.

وفي الحكمي: ينعزل؛ علم أو لم يعلم.

ولو مات المضارب والمال عروض.. فولاية البيع لوصي المضارب.

وقيل: للوصي ولرب المال معاً؛ لأن المال مشترك بينهما.

(**ولو افترقا**)؛ أي: رب المال والمضارب (**وفي المال دين على الناس.. لزمه**)؛ أي: المضارب (**الاقتضاء**)، حتى لو امتنع عن الاقتضاء.. أجبره الحاكم عليه (**إن كان ربح**)؛ لأنه بمنزلة الأجير، وأجره الربح، فيلزمه تمام العمل.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يربح، (.. **فلا**) يجبر على الاقتضاء؛ لأنه حينئذ وكيل محض، والوكيل متبرع لا يجبر على إيفاء ما يتبرع به.

(**ويوكل المالك به**)؛ أي: بالاقتضاء، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال: أن رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب على المضارب، وذلك لا يتم إلا بالقبض، وما لا يتم الواجب إلا به.. فهو واجب، فالاقتضاء واجب عليه على كل حال.

ووجه الدفع: أنا لا نسلم أن الرد واجب، وإنما الواجب عليه رفع يده كالمودع، فيقال له: وكل الموكل في الاقتضاء؛ فإذا وكله.. فقد أزال يده، ولا يد له من ذلك؛ لأن حقوق العقد ترجع إليه؛ فإن لم يوكل.. يضيع حق رب المال.

(**وكذا سائر الوكلاء**)؛ يعني: أن الوكيل إذا باع وانعزل.. لا يجبر على التقاضي، بل يقال له: وكل الموكل بالاقتضاء.

والبياعُ والسِّمسارُ يُجبرانِ عَلَيْهِ.

وَمَا هلكَ مِن مَالِ الْمُضَارِبَةِ.. صُرفَ إِلَى الرِّبْحِ أَولاً.

فإِنْ زَادَ على الرِّبْحِ.. لَا يضمنُ الْمضَارِبُ.

(والبياع)؛ أي: الدلال.

(والسمسار)؛ أي: المتوسط بين البائع والمشتري بأجر.

(يجبران عليه)؛ أي: على الاقتضاء؛ لأنهما يعملان بالأجر عادة، وإذا وصل إليه أجره.. أجبر على تمام عمله.

قال في «العناية»: استئجار السمسار قلما يخلو عن فساد؛ لأنه إذا استؤجر على شراء شيء بعينه.. فقد استؤجر على ما لا يستقل [٤٢٨/أ] به؛ لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة على بيعه، وقد لا يساعده، وقد يتم بكلمة، وقد لا يتم بعشر كلمات، فكان فيه نوع جهالة.

والأحسن في ذلك: أن يؤمر بالبيع والشراء ولم يشترط له أجراً معيناً، فيكون وكيلاً معيناً له، ثم إذا فرغ من عمله.. عوضه بأجر المثل، هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد، هكذا ذكره قاضي خان، وجعله حيلة في جواز استئجار الدلال والسمسار، وقال: يجوز ذلك لمساس الحاجة؛ كما جاز دخول الحمام بأجر غير مقدر.

(وما هلك من مال المضاربة.. صرف إلى الربح أوّلاً)؛ لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال؛ لقوله ﷺ: «مثل المؤمن كمثل التاجر: لا يسلم ربحه حتى يسلم له رأس المال.. فكذلك المؤمن: لا تسلم له نوافله حتى تسلم له فرائضه»، ولأن رأس المال أصل، والربح تبع، ولا معتبر بالتبع قبل وصول الأصل؛ فمتى هلك منه شيء.. استكمل من التبع أوّلاً.

(فإن زاد) الهلاك (على الربح.. لا يضمن المضارب)؛ لأنه أمين، فلا يكون ضميناً؛ للتنافي بينهما.

وأما لو أهلكه المضارب بالإنفاق على نفسه، أو الإعطاء إلى رجل وأتلفها الرجل.. فتبطل المضاربة ويصير المال مضموناً عليه.

اعلم: أنه إذا هلك المال قبل التصرف.. بطلت المضاربة؛ لأنه فات محل العقد، وهو المال المعين المسلم إليه.

والقول قول المضارب في الهلاك مع يمينه؛ لأنه أمين بمنزلة المودع.

ولو استهلكه أو أنفقه أو أعطاه رجلاً فاستهلكه.. لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئاً؛ لأنه صار مضموناً عليه بالتعدي، ومن حكم المضاربة: أن يكون أميناً لا ضميناً؛ فإن أخذه من الذي استهلكه.. كان له أن يشتري على المضاربة، رواه الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه أخذ بدل المضمون، وهذه مبادلة؛ فصار كما لو باعه وأخذ ثمنه.

وروي عن محمد: أن المضارب إذا أقرض رجلاً؛ فإن رجعت إليه الدراهم بعينها.. رجعت إلى المضاربة؛ كالمودع إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن أخذ مثلها.. لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها، فلا يبرأ عن ضمان، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

ولو اشترى بألف المضاربة ثياباً، وقبض الثياب، ولم ينقده الألف حتى ضاعت الألف.. يرجع على رب المال بألف أخرى، فتكون رأس العين؛ لأن رب المال دفع العين على جهة المضاربة.

وكذلك كلما هلك قبل النقد، ويكون رأس ماله جميع ما غرم مع الألف.

بخلاف الوكيل بالشراء [٤٢٨/ب]؛ فإنه يرجع بالثمن مرة.

والفرق بينهما مذكور في «المحيط» للسرخسي.

هذا فيما إذا هلك مال المضاربة قبل التصرف.

فَإِنِ اقتسماهُ وفُسِخَت ثمَّ عُقِدَت فَهَلَكَ المَالُ أَو بعضُهُ.. لَا يترادَّانِ الرِّبْحَ.

وأما إذا هلك بعد التصرف.. فيغرم المضارب قدر حصته من الربح، والباقي يغرمه رب المال؛ كما سيأتي في الكتاب عن قريب.

وقال في «المحيط»: ولو تصرف المضارب في ألف المضاربة حتى صارت ألفين، فاشترى بهما جارية قيمتها ألفان، فهلكت الألفان قبل أن ينقد.. رجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة، ويضمن المضارب خمسمائة، وتكون ربع الجارية له، ويخرج من المضاربة، والباقي على المضاربة؛ لأنه اشترى ثلاثة أرباع الجارية لرب المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن كانت مملوكة لرب المال، فكان ضمان مملوكه عليه، وربعها اشتراه لنفسه؛ لأن ربع الثمن كان ملكاً له؛ لأنه حصته من الربح، فكان ضمان هذا الربح عليه، وخرج من المضاربة؛ لأن حق المضارب لا يظهر إلا في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة، وإذا قسم.. لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة.

وأما ثلاثة الأرباع.. فبقيت على المضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة؛ لأن رأس ماله على حاله.

وإن باع تلك الجارية بخمسة آلاف.. كان ثمن الربع له وثلاثة أرباعه على المضاربة يأخذ رب المال منه رأس ماله ألفين وخمسمائة، والباقي بينهما على الشرط؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة، يأخذ رب المال ذلك أولاً، والباقي يكون بينهما على الشرط. انتهى.

(**فإن اقتسماه**)؛ أي: الربح (**وفسخت**)؛ أي: المضاربة (**ثم عقدت**) ثانياً، (**فهلك المال**) بعد العقد الثاني كله (**أو بعضه.. لا يترادان الربح**) الذي اقتسماه؛ لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ، وثبوت الثانية بعقد جديد، فهلاك المال كلًّا وبعضاً في الثانية.. لا يوجب انتقاض الأولى؛ فصار كما إذا دفع إليه مالاً آخر.

وَإِنْ اقتسماهُ مِن غيرِ فسخٍ.. ترادَّاهُ حَتَّى يتمَّ رَأْسُ المَالِ.

فَإِنْ فضلَ شَيْءٌ.. اقتسماه.

وَإِن لم يَفِ.. فَلَا ضَمَانَ على الْمضَارِبِ.

وهذه هي الحيلة إذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال.

(**وإن اقتسماه**)؛ أي: الربح (**من غير فسخ**) ثم هلك المال كله أو بعضه (**.. تراداه**)؛ أي: الربح الذي اقتسماه (**حتى يتم رأس المال**) لما ذكرناه: أن الربح تبع، ولا يسلم التبع بدون سلامة الأصل.

نظيره: أن الورثة لو عزلوا بعض التركة لقضاء دين الميت، ثم اقتسموا بقية التركة، ثم هلك المعزول.. فإن قسمتهم قد بطلت، ووجب عليهم الترادّ لقضاء الدين.

(**فإن فضل شيء**)؛ أي: إن فضل بعد التراد من رأس المال [٤٢٩/أ] (**.. اقتسماه**)؛ لأنه ربح، فهو بينهما على ما شرطا.

(**وإن لم يف**) رأس المال؛ أي: بعد التراد (**.. فلا ضمان على المضارب**)؛ لأنه أمين لا ضمين.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَا يُنْفِقُ الْمضَارِبُ من مَالِهَا فِي مِصرِهِ، أَو فِي مصرٍ اتَّخذهُ دَاراً، وَلَا فِي الْفَاسِدَةِ.

(فَصْلٌ)

(**ولا ينفق المضارب**) على نفسه، ولا على خادمه (**من مالها**)؛ أي: مال المضاربة (**في مصره**) الذي كان ولد فيه، بقرينة قوله: (**أو**) في (**مصر اتخذه داراً**)؛ لأن المراد منه: ما اتخذه وطناً له، لا مجرد ما نوى الإقامة فيه بدون اتخاذ الدار فيه.

فيكون المراد بالأول: هو الوطن الأصلي الذي ولد فيه.

وهذا: لأن النفقة تجب بأداء الاحتباس؛ كنفقة القاضي والمفتي والزوجة والمدرس.

والمضارب ما دام في مصره أصلياً أو اتخاذياً غير محتبس لعمل المضاربة، بل هو ساكن فيه بالسكنى الأصلية، فلا تجب له النفقة في مال المضاربة، بل ينفق من مال نفسه؛ حتى لو سكن في مصر بنيّة الإقامة بدون اتخاذه داراً.. تجب النفقة في مال المضاربة؛ لأنه ساكن فيه لعمل المضاربة لا بالسكنى الأصلية.

قال في «البزازية»: ما دام يعمل المضارب في المصر.. فنفقته من مال نفسه، وإن كان المصر كبيراً وهو أقام في ناحية منه.. يعمل للمضاربة. انتهى.

(**ولا في الفاسدة**) من المضاربة؛ لأنه يكون فيها أجيراً، له أجر مثله بيقين، والأجير لا يستوجب النفقة؛ لتعين أجرته.

وهذا؛ أي: عدم لزوم النفقة في مال المضاربة: هو القياس في المضارب المسافر أيضاً؛ لأنه بمنزلة الوكيل والمستبضع؛ لكونه عاملاً لغيره بأمره، أو بمنزلة الأجير؛ لكونه شرط لنفسه شيئاً من الربح.

ولا يستحق واحد من هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به، فكذا المضارب مطلقاً، إلا أنا تركناه في المضارب المسافر بمال المضاربة استحساناً لأجل العرف؛

فَإِن سَافرَ.. ....

لأن العرف بين التجار: على أن النفقة في مال المضاربة في السفر، وفي مال المضارب نفسه في الحضر.

وفرقناه بين [هؤلاء] وبين هؤلاء؛ بأن الوكيل والمستبضع متبرعان في عملهما، بخلاف المضارب؛ لأنه يعمل لنفسه في حق الربح.

وبأن الأجير: يستحق البدل بيقين في مقابلة عمله، فلا يتضرر بالإنفاق من مال نفسه.

بخلاف المضارب؛ فإنه لا يستحق إلا الربح، وهو في حيز التردد؛ إذ قد يحصل وقد لا يحصل، فلو أنفق من مال نفسه.. يتضرر، فأوجبناه من مال المضاربة.

(**فإن سافر**) المضارب بمال المضاربة، ليس المراد هنا بالسفر: سفر القصر، بل المراد: مدة لو خرج من أهله لا يبيت [٤٢٩/ب] مع أهله في ذلك اليوم؛ بقرينة ما سيأتي مصرحاً في الكتاب من قوله: «وما دون السفر».

وقال في «المحيط» للسرخسي: وإن خرج المضارب ما دون السفر.. ينظر؛ إن كان يغدو، ثم يروح إلى منزله ويبيت في أهله.. فلا نفقة له؛ لأنه ليس لهذا حكم الخروج؛ لأن أهل المصر يتجرون في السوق وفي السواد، ثم يبيتون في منازلهم.

وإن كان لا يبيت في أهله.. فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه قد صار للمضاربة، فصار محتبساً لأجلها.

ولو نوى الإقامة في مصر.. فله النفقة في مال المضاربة، ولا تبطل نفقته إلا بإقامته في مصره أوفي مصر يتخذه داراً؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف.. فهو محتبس لأجل المضاربة؛ فإذا صار موطناً له.. فقد توطن بوطنه الأصلي، فكانت إقامته: لتوطنه لا لأجل المضاربة. انتهى.

فقد أفاد: أن للمضارب نفقة في مال المضاربة فيما دون السفر إذا لم يكن يبيت بأهله، لكن في «البزازية» ما يوهم خلاف هذا؛ حيث قال: وإن خرج المضارب من

فطعامُهُ وَشَرَابُهُ مِن مَالِهَا بِالْمَعْرُوفِ.

وَكَذَا كِسوتُهُ وركوبُهُ شِرَاءً واستئجاراً.

وَكَذَا أُجْرَةُ خادمِهِ، ....

العمران مع مال المضاربة؛ كان مدة سفر أو لا.. فنفقته في المال. انتهى.

فإنه أفاد: أن للمضارب نفقة فيما دون السفر، ولو دون يوم بمجرد تجاوزه من عمران المصر، ولم يقيد وجوب النفقة: بعدم البيتوتة مع أهله.

اللهم، إلا أن يحمل كلام «البزازية» على المقيد بإضمار القيد.

هذا، وإذا أنفق المضارب في سفره من مال نفسه.. فهل يرجع بما أنفق في مال المضاربة أو لا؟

ففي «البزازية»: أنه يرجع؛ حيث قال: صار مال المضاربة ديناً في الناس، ورب المال في بلد آخر، فأنفق في سفره وتقاضيه ما لا بد له منه.. يحتسب من المضاربة؛ لأن سعيه لأجل مالها.

وبه يعلم: أنه إذا أنفق في سفره من ماله.. يرجع في مالها؛ لأنه قد لا يجد بداً منه؛ بأن لا تصل يده إلى مال المضاربة عند حاجته إلى النفقة، إلا أن تزيد نفقته على الدين.. فلا يرجع بالزيادة؛ لأن نفقته في مال المضاربة، لا في ذمة رب المال.

ولهذا: إذا سافر بمالها وأنفق من مال نفسه في طعامه وكسوته وغيره؛ ليرجع على مال المضاربة، ثم تلف المال قبل الرجوع.. لا يرجع على رب المال.

بخلاف ما إذا استأجر دابة ليحملوا متاع المضاربة، واشترى طعاماً لها فضاع المال قبل أن ينفق.. يرجع على رب المال. انتهى.

(**فطعامه**) شروع في بيان النفقة المعتبرة ههنا.

(**وشرابه: من مالها**)؛ أي: مال المضاربة (**بالمعروف**) [٤٣٠/أ] بين التجار.

(**وكذا: كسوته وركوبه؛ شراءً واستئجاراً**)؛ أي: بالمعروف بينهم.

(**وكذا: أجرة خادمه**)؛ أي: خادم المضارب.

وفراشٌ ينَامُ عَلَيْهِ، وَغسلُ ثِيَابِهِ، والدُّهنُ فِي مَوضِعٍ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَيْهِ.
وَضَمِنَ مَا كَانَ زَائِداً على الْعَادةِ.
وَنَفَقَتُهُ فِي مِصرِهِ: مِن مَالِهِ كالدواءِ.

وأما أجرة خادم رب المال ودابته.. ففي مال رب المال لا في مال المضاربة. كذا في «البزازية».

(**وفراش ينام عليه، وغسل ثيابه**)؛ أي: ثياب المضارب وثياب خادمه، وكذا ثياب عبد المضاربة.

(**والدهن**)، كذا ذكره محمد في «الأصل» معللاً: بأن الدهن يستعمل غالباً في عموم الأوقات، فصار كالذي لا بد منه.

وذكر الكرخي في «مختصره»: أن الدهن في مال المضارب نفسه؛ لأن هذا ليس من المؤن الأصلية.

(**في موضع يحتاج فيه إليه**) كالحجاز.

وكذا الخضاب: في موضع يحتاج إليه في مال المضاربة. كل ذلك بالمعروف.

(**وضمن ما كان زائداً على العادة**)؛ أي: عادة التجار؛ لأنه تعدٍّ على قدر الحاجة، فيُضْمَن.

وكذا: كل ما لزم المضارب في سفره: من علف دابته، وعلف دواب الحمل، والكلاب للحراسة، وأكل الفاكهة، وأجرة الحمام، والحلاق، وقصر الشارب.. كل ذلك في مال المضاربة بالمعروف؛ للعرف، ولأن نظافة البدن والثياب توجبه كثرة من يعامله؛ لأن صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس، فيجتنبون معاملته.

(**ونفقته**)؛ أي: نفقة المضارب (**في مصره**)؛ أصلياً كان أو اتخاذياً. على ما تقدم.

(**من ماله**)؛ أي: مال المضارب: (**كالدواء**)؛ لأنه لم يحتبس لعمل المضاربة، بل احتبس للسكنى الأصلية، والنفقة إنما تجب: بأداء الاحتباس. على ما تقدم.

وَيردُّ مَا بَقِي من كِسْوَةٍ وَغَيرِهَا إِذا قَدِمَ إِلَى رَأسِ المَال.

وَمَا دونَ السّفرِ: كسوقِ الْمِصرِ؛ إِنْ أَمكنَهُ أَن يَغْدُوَ ويبيتَ فِي أَهلِهِ.

وإِلَّا.. فكالسفرِ.

وَلَيْسَ للمستبضِعِ الْإِنْفَاقُ من مَالِهَا.

قال في «المحيط»: وثمن الدواء والحجامة والفصد وجارية الوطء أو الخدمة: في مال المضارب؛ لأنه لا يحتاج إليه في عموم الأوقات.

(**ويرد ما بقي من كسوة وغيرها**) مما ذكر (**إذا قدم**) من سفره بمصره.

(**إلى رأس المال**) متعلق بيرد، وذلك لتمام الحاجة، ودفع الضرورة بعد القدوم بمصره، والحكم ينتهي بتمام علته.

كالحاج عن الغير: إذا بقي في يده شيء.. رده على المحجوج عنه أو لوارثه.

وكالغازي: إذا خرج من دار الحرب.. يرد ما بقي في يده من النفقة إلى الغنيمة.

وكالأمة إذا بوّأها مولاها منزلاً مع الزوج، ثم أخرجها للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها.. استردها الزوج من المولى.

وعن الحسن: عن أبي حنيفة: أن الدواء وأجرة الحمام والكحل من مال المضاربة.

(**وما دون السفر: كسوق المصر إن أمكنه أن يغدو ويبيت في أهله**)؛ لأن أهل المصر يتَّجِرون [٤٣٠/ب] في الأسواق والسواد، ثم يبيتون في منازلهم.

(**وإلا**)؛ أي: وأن لم يغدو ويبيت في أهله (.. **فكالسفر**)، فيجب فيها ما تجب في مدة السفر من النفقة وغيرها؛ لأنه حينئذ صار محتبساً لعمل المضاربة.

(**وليس للمستبضع**) - أي: من يأخذ المال بضاعة - (**الإنفاق من مالها**)؛ أي: من مال البضاعة ؛ لأنه متبرع فيها، إلا إن كان أذن له.

وَيُؤْخَذُ مَا أنفقَهُ الْمضَارِبُ مِنَ الرِّبْحِ أَولاً، وَمَا فَضُلَ قُسِمَ.

وإِنْ سَافرَ بِمَالِهِ وَمَالِ الْمُضَاربَةِ أَو بمالينِ لِرجلَيْنِ.. أَنْفق بِالْحِصَّةِ.

وإِنْ بَاعَ مَتَاعَ الْمُضَاربَةِ مُرَابحَةً.. حُسِبَ مَا أنفقَهُ عَلَيْهِ مِن حَمْلٍ وَنَحْوِه، لَا نَفَقَةُ نَفسِهِ.

(ويؤخذ ما أنفقه المضارب) على نفسه وعلى خادمه ودوابه (من الربح أوّلاً، وما فضل) من الربح بعد الأخذ (.. قسم) بينهما على ما شرطا؛ لأن ما ذهب بالإنفاق هالك، والهالك يصرف أوّلاً إلى الربح، وإن لم يفِ الربح بالانفاق.. فمن رأس المال؛ على ما في «البزازية»:

وإن سافر ولم يتفق له شراء المتاع.. فالنفقة في مال المضاربة.

(وإن سافر) المضارب (بماله ومال المضاربة)؛ يعني: اختلط مال المضاربة بماله؛ إما لكونه قد قيل له: اعمل برأيك، (أو) لكون الخلط في تلك البلد معتاداً بين التجار؛ سواء كان الخلط بالنصف أو لا.

(أو) سافر (بمالين لرجلين)؛ أي: أخذ المال من رجلين مضاربة وسافر بهما (..أنفق) في الصورتين (بالحصة) من المالين: إن بالنصف.. فالنصف، أو بالثلث.. فكذلك النفقة.

(وإن باع متاع المضاربة)؛ أي: المتاع الذي كان أنفق عليه (مرابحة.. حُسِب ما أنفقه عليه)؛ أي: على ذلك المتاع، وصورة البيع مرابحة: سبقت في باب بيع المرابحة.

(من حمل ونحوه)؛ كأجرة السمسار والصباغ والقصار والطراز، ونحو ذلك مما ذكر في باب المرابحة؛ أي: يضم جميع ذلك من الأجرة إلى رأس المال، ويقول: قام عليّ بكذا.

(لا نفقة نفسه)؛ لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة، وتعارف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة، فجاز ذلك.

وَلَو شرى مضَارِبٌ بِالنِّصْفِ بِأَلِفِ الْمُضَارَبَة بَزّاً وَبَاعه بِأَلفَيْنِ، وَاشْترى بهما عبداً فضاعا فِي يَدِهِ قبلَ نقدِهما.. يُغرَّمُ الْمضَارِبُ ربعَهُما، وَالْمَالِكُ الْبَاقِي، وَربعُ العَبْدِ: للْمُضَارِبِ، وَبَاقِيه: للمضارَبَةِ، ....

بخلاف ما أنفق على نفسه في سفره؛ لأنهم لم يتعارفوا ضمه إلى رأس المال، ولا يزيد هو أيضاً في قيمة المتاع.

بخلاف الإنفاق على المتاع؛ لأنها بالزيادة على الثمن: صارت في معنى الثمن.

(**ولو شرى مضارب بالنصف بألف المضاربة**)؛ أي: كان معه ألف بالنصف مضاربة، فاشترى بهذا الألف (**بَزاً**) بفتح الباء: متاع البيت خاصة على ما في «المغرب».

(**وباعه بألفين، واشترى بهما**)؛ أي: بالألفين (**عبداً، فضاعا**)؛ أي: الألفان (**في يده**)؛ أي: يد المضارب (**قبل نقدهما**)؛ أي: إلى البائع (.. **يغرم المضارب ربعهما**)؛ أعني: خمسمائة، (**والمالك**) - أي: رب المال - (**الباقي**)؛ أعني: ألفاً وخمسمائة.

(**وربع العبد للمضارب، وباقيه**)؛ أي: ثلاثة أرباعه (**للمضاربة**) [١٣٤/أ].

وقد ذكرنا هذه المسألة فيما سبق من «المحيط».

والأصل فيها: أنه لما صار المال ألفين.. ظهر الربح في المال وهو ألف، فكان بينهما نصفين، فنصيب المضارب منه: خمسمائة.

فإذا اشترى بألفين عبداً.. صار العبد مشتركاً بينهما؛ فربعه: للمضارب؛ لأن ربع الثمن له، وثلاثة أرباعه لربّ المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن له.

ثم إذا ضاع الألفان في يد المضارب قبل النقد إلى البائع.. كان عليهما ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد؛ فربعه: على المضارب، وثلاثة أرباعه على رب المال، ونصيب المضارب خرج عن المضاربة؛ لأنه صار مضموناً عليه، ومال المضاربة أمانة عنده، وبينهما تناف.. فلا يدخل نصيبه في مال المضاربة، ونصيب رب المال على المضاربة؛ لعدم ما ينافيها.

وَرَأْسُ المَالِ أَلفَانِ وَخَمْسُمائةٍ.

وَلَا يَبِيعهُ مُرَابحَةً إلّا على أَلفَيْنِ.

فَلَو بيعَ بأَرْبعَةِ آلَافٍ.. فحصةُ الْمُضَاربَةِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ، وَالرِّبْحُ منها: خمسمائةٌ بَينهمَا.

وَلَو اشْترى ربُّ المَال عبداً بِخَمْسِمِائَة، وَبَاعه من الْمضَاربِ بِأَلفٍ.. لَا يَبِيْعهُ مُرَابحَةً إلّا على خَمْسمِائَة.

(**ورأس المال**) ألفان وخمسمائة؛ لأنه دفع إليه مرة ألفاً، ثم مرة أخرى ألفاً وخمسمائة، فصار مجموع ما دفع إليه: (**ألفان وخمسمائة**).

(**ولا يبيعه**) أي: العبد المشترى بألفين (**مرابحة: إلا على ألفين**)؛ لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول، وقد اشتراه بألفين.

(**فلو بيع**) العبد المشترى بألفين مرابحة: (**بأربعة آلاف.. فحصة المضاربة: ثلاثة آلاف**) وربعه وهو الألف حصة المضارب، (**والربح منها**) أي: من ثلاثة آلاف؛ (**خمسمائة بينهما**) على ما شرطا.

يعني: إذا بيع العبد بأربعة آلاف.. كان ربعه وهو الألف: للمضارب، وألفان وخمسمائة: رأس المال.. فهو لرب المال، فبقي خمسمائة.. فهي الربح بينهما على ما شرطا.

(**ولو اشترى رب المال عبداً بخمسمائة، وباعه من المضارب**)؛ أي: الذي معه ألف مضاربة: (**بألف.. لا يبيعه**) المضارب (**مرابحة إلا على خمسمائة**)؛ لأن بيعه من المضارب.

وإن قضى بجوازه بناء على تغاير مقصوديهما؛ لأن مقصود رب المال: وصوله إلى الألف مع بقاء العقد، ومقصود المضارب: استفادة اليد على العبد، إلا أن فيه شبهة عدم جوازه؛ لأن بيعه من مضاربه: كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيل عنه، فيكون بيع ماله بماله، وهو غير جائز.

والشبهة في المرابحة: ملحقة بالحقيقة؛ لأن المرابحة مبنية على الأمانة واحتراز عن شبهة الخيانة، فكان كالمعدوم حقيقة.. فلا يجوز بناء المرابحة عليه، فيبنى على أقل الثمنين - أعني: ما اشتراه به رب المال - لثبوته من كل وجه بلا شبهة.

بخلاف الأكثر - أعني: ما اشتراه به المضارب - فإنه ثابت من وجه بالنظر [٤٣١/ب] إلى تعلق حق المضارب به، غير ثابت من وجه بالنظر إلى أنه بيع ماله بماله، فلا تبنى عليه المرابحة؛ حذراً عن شبهة الخيانة، فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه مرابحة على خمسمائة.

ولو كان هذا بالعكس؛ بأن اشترى المضارب الذي معه ألف عبداً بخمسمائة، فباعه من رب المال بألف.. يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة؛ لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم؛ لما ذكرناه بعينه، فتبنى المرابحة على ما اشتراه المضارب - وهو أقل الثمنين - فكأن المضارب اشتراه له وناوله إياه من غير بيع، كذا ذكره «الزيلعي».

وذكر في «الهداية»: لو اشترى المضارب عبداً بألف، وباعه من رب المال بألف ومائتين.. باعه رب المال مرابحة بألف ومائة؛ لأن بيعه من رب المال اعتبر عدماً في حق نصيب رب المال من الربح - وهي المائة - لما ذكرناه.

ونظيره ما ذكر في «شرح الكافي»: إذا دفع رجل إلى رجل ألفاً مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها عبداً، فباعه من رب المال بألفين.. باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنا نعتبر في حق رب المال الثمن الأول، وذلك ألف، وحصة المضاربة: من الربح، وذلك خمسمائة، فيبيعه مرابحة على: ألف وخمسمائة.

وبيانه: أن الألف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد، فيعتبر في بيع المرابحة، ونصف الألف التي هي الربح: ملك رب المال قبل البيع وبعده على ما شرطا، فلا يعتبر؛ أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح.. خرج عن ملك

وَلَو اشْترى مضَاربٌ بِالنّصفِ بِأَلِفِ الْمُضَاربَةِ عبداً يعدلُ أَلْفَيْنِ، فَقتلَ رجلاً خطأً.. فربُعُ الْفِدَاءِ عَلَيْهِ، وَبَاقِيه على الْمَالِك.

وَإِذا فُدِيَ خرجَ عَنِ الْمُضَاربَةِ ويَخدمُ الْمضَاربَ يَوْماً وَالْمَالِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

وَلَو اشْترى بِأَلِفِ الْمُضَاربَةِ عبداً وَهلكَ الْأَلفُ قبلَ نَقدِهِ.

رب المال إلى ملك المضارب حقيقة [بإزاء هذا][1] العبد، فيعتبر، كذا في «غاية البيان».

(ولو اشترى مضارب بالنصف بألف المضاربة عبداً يعدل ألفين، فقتل) العبد (رجلاً خطأً.. فربع الفداء عليه)؛ أي: على المضارب، (وباقيه)؛ أي: ثلاثة أرباع الفداء: (على المالك)؛ لأن الفداء مؤونة الملك، فيقدر بقدره، والمضارب ملك ربعه - وهو خمسمائة نصف الربح - ورب المال ملك ثلاثة أرباعه - وهو ألف وخمسمائة - الألف: لكونه رأس ماله، والخمسمائة: لكونها حصته من الربح، فكذا الفداء.

(وإذا فُدِيَ) العبد (.. خرج عن المضاربة)؛ أما نصيب المضارب منه: فلأنه صار مضموناً عليه على ما ذكرناه، وأما نصيب رب المال: فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما؛ لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما؛ لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة الفداء، ولا سلامة إلا بالقسمة، والمضاربة [٤٣٢/أ] تنتهي بالقسمة.

بخلاف ما إذا ضاع الألفان في يد المضارب قبل نقدهما كما في المسألة المتقدمة؛ حيث لا تنتهي المضاربة هناك؛ لأن جميع الثمن فيه على المضارب؛ لكونه عاقداً، وإن كان له الرجوع على رب المال بما ضمن.. فلا حاجة إلى القسمة، والدفع إلى الفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه.

(ويخدم) العبد (المضارب يوماً، والمالك ثلاثة أيام) يعني: على مقدار ملكهما.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٧٣/٥).

دفعَ الْمَالِكُ الثّمنَ ثُمَّ وَثُمّ، ....

(ولو اشترى) المضارب (**بألف المضاربة عبداً وهلك الألف قبل نقده**) إلى البائع (.. **دفع المالك الثمن، ثم وثمّ**).

يعني: إذا كان معه ألف مضاربة فاشترى بها عبداً، وضاع الثمن قبل النقد.. يرجع على رب المال؛ فإذا دفع رب المال إليه ثانياً، ثم هلك قبل النقد أيضاً.. يرجع عليه أيضاً.

وكذا يرجع عليه كلما هلك، إلى أن تسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع؛ لأن المال في يده أمانة، وقد هلك وبقي عليه الثمن ديناً، وهو عامل لرب المال، فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين، وبالقبض ثانياً لا يصير المضارب مستوفياً؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا بقبض مضمون، وقبض المضارب ليس بمضمون، بل هو أمانة.

فإذا لم يكن مستوفياً.. كان له أن يرجع إلى أن يستوفي، حتى تسقط عنه العهدة.

بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء؛ فإنه لا يرجع إليه إلا مرة واحدة؛ لأنه أمكن أن يجعل مستوفياً؛ لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع؛ فإذا قبضه مرة بعد الهلاك.. صار مستوفياً لذلك، فصار مضموناً عليه؛ فإذا هلك.. ليس له أن يرجع به على الموكل؛ لأن المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء، ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفياً لحقه مضموناً؛ لأن الوكالة بجامع الضمان.

كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب.. فإنه يصير وكيلاً، ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة، حتى لو هلك المغصوب.. وجب الضمان، ولم يعتبر أميناً.

وَجَمِيع مَا دفع رَأْس المَالِ.

وَلَو كَانَ مَعَ الْمضَارِبِ أَلفَانِ، فَقَالَ: دفعتَ إِليّ ألفاً، وربحتُ ألفاً، وَقَالَ الْمَالِكُ: بل دفعتُ إِلَيْك أَلفَيْنِ.. فَالْقَوْلُ للْمُضَارِبِ.

هذا، بخلاف ما اشترى، ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك قبل نقده.. فإنه لا يرجع إليه؛ لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً بالقبض بعده [٤٣٢/ب]، والمستوفي لا يرجع.

وأما المدفوع إليه قبل الشراء.. فإنه أمانة في يده، وهو قائم على الأمانة بعد، فلم يصر مستوفياً؛ فإذا هلك.. يرجع إليه مرة، ثم لا يرجع؛ لوقوع الاستيفاء على ما ذكرنا.

(**وجميع ما دُفع**)؛ أي: إلى المضارب: (**رأس المال**)؛ لأنه دفعه إليه بعقد المضاربة.

(**ولو كان مع المضارب ألفان، فقال**) لرب المال: (**دفعت**) أنت (**إليَّ ألفاً، وربحت**) أنا (**ألفاً، وقال المالك: بل دفعت إليك ألفين.. فالقول للمضارب**).

هذا شروع في بيان الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وهو على أنواع:

- نوع في الاختلاف مقدار رأس المال.
- ونوع في الاختلاف في مقدار رأس المال مع الاختلاف في مقدار الربح.
- ونوع في الاختلاف في صفة رأس المال.
- ونوع في الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها.

والمصنف أشار إلى هذه الأنواع الأربعة على هذا الترتيب كما ترى، وما ذكره من النوع الأول: هو قول أبي يوسف ومحمد.

ورجع إليه أبو حنيفة آخراً، وقد قال أولاً: القول فيه قول رب المال، وهو قول زفر؛ مستدلاً بأن المضارب يدعي الشركة، وهو ينكر، والقول قول المنكر.

ووجه القول المرجوع إليه: أن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض، والقول في ذلك: قول القابض؛ ضميناً كان كالغاصب، أو أميناً كالمودع؛ لكونه أعرف بمقدار المقبوض.

وههنا أنواع ثمانية أخرى لم يذكرها المصنف.

وهو الاختلاف في مقدار الربح الحاصل، وفي حصول الربح وعدم حصوله، والقول فيهما.. قول المضارب؛ بناء على أن الأصل عدم الزائد وعدم الربح كما ذكر في «الأشباه».

والثالث: في قدر ما شرطا من الربح للمضارب.. فالقول فيه قول رب المال مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، والمضارب ادعى زيادة في الربح، وأنكرها رب المال، وادعى الأقل.. فكان القول له؛ لأنه منكر، ولو أقاما البينة.. فالبينة للمضارب؛ لأنه أثبت زيادة شرط في الربح، فكانت أولى؛ لأن البينات شرعت للإثبات.

وكذلك إن أنكر رب المال شرط الربح، وادعى المضارب شرط نصف الربح.. فالقول لرب المال؛ فللمضارب: أجر المثل؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة، وكان مقراً بمضاربة فاسدة، والمضاربة [٤٣٣/أ] إذا فسدت.. كانت إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة الصحيحة، والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان، فكان القول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث المال، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فلك أجر المثل.. فالقول: للمضارب، والبينة: لرب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، إلا أن رب المال ادعى زيادة شرط يفسد العقد.. فلا يقبل قوله إلا ببينة؛ كما لو اتفقا على البيع وادعى أحدهما شرطاً زائداً يفسد البيع.

وَلَو اخْتلفَا مَعَ ذَلِكَ فِي قَدْرِ الرِّبْحِ.. فللمالكِ.

بخلاف ما لو قال رب المال: شرطت لك من الربح مائة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح؛ لأنه أقر بالمضاربة الفاسدة؛ لأنه لم يقر ما يكفي لصحة المضاربة فكان مدعياً إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة؛ فقد اختلفا في نوع العقد.. فكان القول لصاحب المال.

ولو قال رب المال: شرطت لك ثلث المال إلا عشرة دراهم.. فالقول له، وللمضارب أجر المثل؛ لأن المتكلم مع الاستثناء متكلم عما وراء المستثنى، فصار المضارب مدعياً تمام الثلث، ورب المال ينكر، فكان القول له.

ولو قال رب المال: شرطت لك الثلث، وقال المضارب: شرطت لي الربح ولم يربح.. فالقول لرب المال، والبينة بينته أيضاً؛ لأن رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب ادعى مضاربة فاسدة، فكان مدعياً إجارة فاسدة.. فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول لرب المال، والبينة بينته أيضاً؛ لأنها قامت على إثبات الشرط، وبينة المضارب قامت على صورة النفي.. فكانت المثبتة أولى.

وكذلك لو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي ربح مائة.. فله أجر المثل.. فالقول لرب المال؛ لما بيناه، والبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت الزيادة، وهي أجر المثل. كذا في «المحيط».

(ولو اختلفا مع ذلك)؛ أي: مع الاختلاف في مقدار رأس المال (في قدر الربح.. فللمالك)؛ مثل أن يقول رب المال: رأس المال ألفان، والمشروط ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، والمشروط نصف الربح.. فالقول في الربح لرب المال، وفي رأس المال للمضارب.

أما في رأس المال: فلما مر.

وأما في الربح: فلأن الربح يستحق بالشرط، وهو يستفاد من جهة رب المال.

وَلَو قَالَ مَن مَعَهُ أَلفٌ قد ربحَ فِيهَا: هِيَ مُضَارَبَةُ زيدٍ، وَقَالَ زيدٌ: بل بضَاعَةٌ.. فَالْقَوْلُ لزيدٍ.

وَكَذَا: لَو قَالَ ذُو الْيَدِ: هِيَ قرضٌ، وَقَالَ زيدٌ: بضَاعَةٌ، أَو وَدِيعَةٌ، أَو مُضَارَبَةٌ.

ولو أنكر أصل الشرط؛ بأن قال: كان المال بيده بضاعة.. كان [٤٣٣/ب] القول له، فكذا إذا أنكر الزيادة، وأيهما أقام البينة على ما ادعاه من فضل.. قبلت.

وإن أقاما جميعاً.. فبينة رب المال أولى في رأس المال، وبينة المضارب أولى في الربح؛ لأن البينات للإثبات.

هذا فيما إذا كان المضارب واحداً.

وأما لو كان المضارب اثنين واختلف أحدهما مع رب المال وصدق الآخر رب المال في دعواه.. ففيه اختلاف بين المشايخ على ما ذكره في «المحيط»؛ حيث قال فيه:

دفع إلى رجلين مالاً بالنصف، فجاء الرجلان بثلاثة آلاف، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفين، والربح ألف، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر وقال: بل رأس المال ألف، والربح ألفان.. فرب المال يأخذ ألفاً من رأس المال من أيديهما؛ لتصادقهما عليه، ويأخذ أيضاً خمسمائة من المصدق؛ لأنه أقر بأنه رأس المال لا حق له، ولا لصاحبه فيه، فيدفعها إلى رب المال، ويقاسم الآخر خمسمائة مما في يده أثلاثاً؛ ثلثها لرب المال، وثلثها للمضارب.. وطعن فيه عيسى بن أبان وقال: ينبغي أن يكون نصفين.

ووجه كل من الطرفين مذكور في «المحيط».

(**ولو قال من معه ألف قد ربح فيها: هي مضاربة زيد، وقال زيد: بل بضاعة.. فالقول لزيد**)؛ لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح، أو شرطاً من جهة بمقدار من الربح، أو الشركة فيه وهو ينكر، والقول للمنكر.

(وكذا لو قال ذو اليد: هي قرض، وقال زيد: بضاعة أو وديعة أو مضاربة) صحيحة أو فاسدة؛ أي: القول في هذه الصور: لرب المال وهو زيد، والبينة: لذي اليد؛ لأنه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر.

ولو أقاما البينة.. فبينة ذي اليد أولى؛ لأنها تثبت التمليك.

ولو كان الأمر بالعكس؛ بأن ادعى رب المال القرض، وذو اليد المضاربة.. كان القول لذي اليد؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال، ورب المال يدعي عليه ضماناً، وهو ينكر، فكان القول قوله، وأيهما أقاما البينة.. قبلت.

ولو أقاما.. فبينة رب المال أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وفصله في «المحيط» وقال: ولو قال رب المال: هو قرض، فادعى القابض المضاربة؛ فإن كان بعدما تصرف.. فالقول لرب المال، والبينة بينته أيضاً، والمضارب ضامن؛ لأن العامل أقر بسبب موجب للضمان وهو العمل في ماله؛ فإن التصرف في مال الغير موجب [٤٣٤/أ] للضمان، ثم ادعى الإذن لإبراء ذمته عن الضمان، والإذن بالعمل لم يثبت؛ لأن صاحب المال يدعي القرض، والمستقرض لا يعمل بإذن المقرض، وإنما يتصرف بحكم ملكه، والبينة بينة رب المال؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت ضماناً على القابض، وبينة القابض أثبتت شركة في الربح، والضمان آكد وألزم من الشركة في الربح.

ولأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض؛ لأن القرض يَرِد على المضاربة، والمضاربة لا يرد على القرض.. فإنه يجوز أن يكون مضاربة، ثم يجعله قرضاً، فيقدم المضاربة؛ لإمكان العمل بالبينتين.

وإن كان لم يتصرف فيه.. فالقول له، ولا ضمان عليه؛ لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض، وصار كأنه قال: أخذت منك هذا

وَلَـو قَـالَ الْمضَـارِبُ. أطلقـتَ، وَقَـالَ الْمَالِـكُ: عيَّنـتُ نوعـاً.. فَـالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ.

وَلَو ادّعى كلٌّ نوعاً.. فللمالكِ.

المال وديعة، وقال رب المال: أخذته قرضاً وقد هلك المال في يده قبل التصرف.. لا يضمن؛ لتصادقهما على أن القبض بإذن المالك؛ وديعة كان أو قرضاً فكذا هذا.

ولو قال رب المال: أخذته غصباً، وقال المضارب: دفعته مضاربة وضاع قبل العمل.. يقر القابض بالغصب.

وأما بعد العمل.. فإن العمل في مال الغير موجب للضمان، إلا أن يثبت الإذن، ولم يثبت؛ لإنكار رب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن، والبينة للمضارب في الوجهين؛ لأنهما أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت المضاربة وإذنا بالقبض والعمل، وأوجبت شركة في الربح، وبينة رب المال تنفي ذلك، ولكنها أوجبت ضماناً على القابض لا غير.

ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه غصب، ثم دفع مضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، وأما المضارب.. فلا يصير غاصباً لمال المضاربة إلا بالخلاف، ورب المال لم يدع على المضاربة غصباً ابتداء.

(**ولو قال المضارب: أطلقت**) في كل تجارة، (**وقال المالك: عينت نوعاً**) من التجارة (**.. فالقول للمضارب.**

ولو ادعى كل) من رب المال والمضارب (**نوعاً.. فللمالك**).

اعلم: أن الاختلاف الواقع بينهما في عموم المضاربة وخصوصها على وجهين:

أحدهما: الاختلاف في العموم والخصوص، وهو ما ذكره بقوله: «لو قال المضارب أطلقت، وقال المالك عينت نوعاً»، وذلك بأن قال رب المال: دفعت [٤٣٤/ب] إليك مضاربة في الطعام خاصة، وقال المضارب: ما سميت تجارة بعينها.

فإن كان هذا الاختلاف قبل التصرف.. لا يكون للمضارب التصرف في عموم التجارة؛ لأنه لو نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف صريحاً.. صح نهيه، فكذا هذا.

وإن كان بعد التصرف.. فالقول قول المضارب استحساناً، ولرب المال قياساً، وهو قول زفر ورواية الحسن؛ لأن الإذن يستفاد من جهة رب المال.

ولو أنكر الإذن أصلاً.. كان القول له، فكذا إذا أنكر البعض، وصار كالبضاعة لو اختلف المبضع والمستبضع في عموم الإذن وخصوصه.. فالقول لرب المال، فكذا هذا.

ووجه الاستحسان: أن مقتضى المضاربة: الإطلاق والعموم؛ لأن في لفظة المضاربة ما ينبئ عن العموم؛ لأنها من الضرب في الأرض، والضرب في الأرض كلها يكون للتجارة كلها، فمدعي الخصوص يدعي تغيير موجب العقد بحسب معناه اللغوي المعتبر في معناه الشرعي أيضاً.. فلا يصدق إلا ببينة، ومدعي العموم يتمسك بالأصل، فيكون القول له.

بخلاف البضاعة؛ لأنها تنبئ عن دفع بعض المال، ولا تنبئ عن العموم لغة.. فلم يكن مدعي الخصوص فيها مدعياً تغيير موجب العقد، والإذن مستفاد من جهته، فيكون القول له.

وإن أقاما البينة على ما قالا.. فبينة رب المال أولى؛ وقَّت أحدهما، أو لم يوقت، أو وقتًا على السواء؛ لأن مدعي الخصوص أثبتت بينته ما ليس بثابت - وهو تغيير العقد عن مقتضاه - بشرط زائد اقترن به.

وإن وقتا.. يؤخذ ببينة الوقت الأخير؛ لأن الأول يحتمل الانفساخ.

والثاني: فيما إذا اتفقا في خصوص العقد، ثم اختلفا في نوعه، وهو الذي ذكره المصنف بقوله: «ولو ادعى كل نوعاً»، وذلك بأن قال رب المال: أذنت لك

في البر خاصة، وقال المضارب: أذنت لي في الطعام.. فالقول لرب المال؛ لأن الإذن يستفاد من جهته؛ لأنهما اتفقا على تغيير موجب العقد.. فيثبت التغيير باتفاقهما، وإنما اختلفا في صفته، وكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الإذن من جهته.

وإذا كان القول لرب المال.. فالبينة للمضارب.

وإن أقاما البينة؛ فإن وقتا.. أخذ بينة الوقت الأخير، وإن وقت أحدهما، أو لم يوقت.. فالبينة بينة المضارب [٤٣٥/أ]؛ لأن توقيت أحدهما لا يحصل فائدة؛ لأنه لا يظهر به التقديم والتأخير، فجعل كأنهما لم يوقتا، فيصير المضارب مدعياً؛ لأنه يحتاج إلى دفع الضمان عن نفسه، ورب المال لا يحتاج إلى الإثبات.

وكذا لو وقتا وقتاً واحداً. كذا في «المحيط».

وقال في «العناية» في هذه المسألة: ولو وقتت البينات وقتاً.. فصاحب الوقت الأخير أولى؛ لأن آخر الشرطين ينقض الأول.

وإن لم يوقتا، أو وقتا على السواء، أو وقت أحدهما دون الآخر.. فالبينة لرب المال؛ لأنه تعذر القضاء بهما معاً: للاستحالة، وعلى التعاقب: لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر القضاء بهما.. يعمل ببينة رب المال؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت. انتهى.

ولا يخفى عليك ما فيه من الخلاف؛ لما ذكرناه من «المحيط».

وذكر في «البزازية» مثل ما ذكره في «المحيط»؛ حيث قال فيها: قال المضارب: هو في الطعام، وقال رب المال: هو في الكرباس.. فالقول له.

وإن برهنا.. فللمضارب؛ لأن رب المال لا يحتاج إلى الإثبات، والمضارب يحتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه.

وإن وقتا.. فالوقت الأخير أولى. انتهى.

ولو قال المضارب: أمرتني بالنقد والنسيئة، وقال رب المال: أمرتك بالنقد.. فالقول للمضارب، والبينة بينة رب المال؛ لأنه يدعي الخصوص، وهو خلاف مقتضى العقد.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تعمل بالكوفة، وأمرتك أن تشتري كذا، وقال المضارب: العموم.

وكذلك لو اختلفا في المنع من السفر؛ بأن خرج المضارب بالمال من المصر، فقال رب المال: لم آمرك بالخروج، وأنكر المضارب.. فالقول له في ظاهر الرواية.

وفي رواية «النوادر»: ضمن.

ولو اختلفا في الشراء للمضاربة؛ بأن اشترى المضارب عبداً بألف، فقال رب المال: اشتريته لنفسك، وقال المضارب: لا، بل على المضاربة، فلا يخلو:

إما أن كان ألف المضاربة والعبد قائمين، أو هالكين، أو أحدهما قائم والآخر هالك.

فإن كانا قائمين.. فالقول للمضارب؛ لأنه يحكى أمراً يملك استئنافه؛ فإنه يملك إنشاء الشراء على المضاربة للحال، فيصدق فيما يحكى عنه.

وإن كانا هالكين، أو كان مال المضاربة هالكاً والعبد قائماً.. لا يصدق المضارب إلا ببينة؛ لأنه بعد هلاك مال المضاربة لا يملك إنشاء الشراء؛ لأن [٤٣٥/ب] المضاربة انتقضت بهلاك رأس المال، فانعزل المضارب، فلا يصدق.

وإن كان مال المضاربة قائماً والعبد هالكاً.. يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده إلى البائع، ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال إذا هلك المال في يده؛ لأن رأس المال مشغول بثمن عبد هالك.

اشترى عبداً بألف ولم يسمّ، ثم اشترى عبداً آخر ولم يسمّ، فقال: نويتها على المضاربة بألف ولم ينقد المال.. فهو على أوجه:

إما أن صدّقه رب المال فيهما، أو كذبه فيهما، أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني، أو على العكس منه.

ففي الأول والثاني والثالث: العبد الأول للمضاربة دون الثاني.

وأما في الرابع: فالقول لرب المال، والعبد الثاني للمضاربة.

اقتسما الربح، ثم اختلفا في رأس المال، فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال، ثم اقتسمنا، وقال رب المال: ما دفعت إلى رأس المال.. فالقول لرب المال، والبينة للمضارب؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي استخلاص ما قبضه من الربح لنفسه وانقطاع شركة رب المال فيه، وأنكره رب المال.. فيكون القول له الكل في «المحيط».

* * *

(كتاب الوديعة)

(كتابُ الْوَدِيعَةِ)

الْإِيدَاعُ: تسليطُ الْمَالِكِ غَيرَه على حفظِ مَالِهِ.

والوديعةُ: مَا يُتْرَكُ عِنْدَ الْأَمينِ للْحِفْظِ.

وَهِيَ أَمَانَةٌ، ....

(كِتَابُ الوَدِيعَة)

(**الإيداع**) في اصطلاح الشرع: (**تسليط المالك غيره على حفظ ماله**).

قال في «المصباح»: أودعت زيداً مالاً: دفعته إليه ليكون عنده وديعة، وجمعها: ودائع، وأخذته منه وديعة، فيكون الفعل من الأضداد، ولكن الفعل في الدفع أشهر. انتهى.

فعلم منه: أن كلام المصنف مبني على هذا الأشهر.

ثم الإيداع: ينعقد بإيجاب وقبول؛ بأن قال: أودعتك هذا المال، أو ما قام مقامه؛ فعلاً كان أو قولاً، وقبله الآخر حقيقة أو عرفاً؛ فإن من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال: هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة فضاع.. كان ضامناً؛ لأن هذا قبول للوديعة عرفاً.

(**والوديعة**) فعيلة بمعنى مفعولة على ما في «المصباح».

وفي «المغرب»: يقال: أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده، فأنا: مودِع ومستودِع [بالكسر، وزيد: مودَع ومستودَع، والمال: مودَع ومستودَع][1] بالفتح أيضاً أي وديعة. انتهى.

(**ما يترك عند الأمين للحفظ**)، وإنما سمي بها؛ لأنها في اللغة بمعنى الترك.

(**وهي**)؛ أي: الوديعة: (**أمانة**)، هذا من قبيل حمل الأعم على الأخص؛ لأن الوديعة لا تكون إلا بالعقد، بالإيجاب [٤٣٦/أ] والقبول، والأمانة أعم منه؛ فإنها قد

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المغرب».

فَلَا يَضمنُ بِالْهَلَاكِ.

تكون بلا عقد، كما إذا هبت الريح في ثوب فألقته في بيت غيره.. فإنه أمانة عنده، ولا يقال: أنه وديعة، كذا في «العناية».

(**فلا يضمن بالهلاك**) لقوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان».

والغلول والإغلال: الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم، والإغلال عام.

ولأن شرعية الوديعة لحاجة الناس إليها؛ فلو ضمن المودع.. امتنع الناس عن قبولها، وفي ذلك تعطيل المصالح.

اعلم: أن الأمانات مضمونة بالموت مجهلاً، إلا في مسائل:

منها: الناظر إذا مات مجهلاً غلات الوقف.. فإنه لا يضمن.

ومنها: القاضي إذا مات مجهلاً أموال الناس عند من أودعها.. لا يضمن.

ومنها: السلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي، ثم مات ولم يبين من أودعها.. لا يضمن.

ومنها: أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده.. لا يضمن.

ومنها: الوصي إذا مات مجهلاً.. لا يضمن.

ومنها: الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه.. لا يضمن.

ومنها: الوارث إذا مات مجهلاً.. ما أودع عند مورثه.. لا يضمن.

ومنها: أنه إذا مات مجهلاً لما ألقته الريح في بيته.. لا يضمن.

ومنها: أنه إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه.. لا يضمن.

ومنها: إذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً.

هكذا جمعها في «الأشباه» نقلاً عن «الفتاوى».

وفي «البزازية»: ذكر مسألة موت القاضي مجهلاً ثم قال: بخلاف ما إذا قبض القاضي مال اليتيم ووضعه في منزله، ولا يدرى أين وضعه ومات.. يضمن.

ثم قال: ولو قال القاضي حال حياته: ضاع مال اليتيم، أو أنفقته عليه.. لا يضمن.

وذكر فيها أيضاً: مسألة موتِ أحد المتفاوضين مجهلاً نقلاً عن «التتمة» مثل ما في «الأشباه».

وقيد المال بمال الشركة ولم يطلقه كما أطلقه في «الأشباه».

ثم قال في الفصل السادس من آخر الوديعة: متفاوضان أودع إنسان عند أحدهما، ثم مات المودع بلا بيان.. فالضمان عليهما. انتهى.

فعلم منه: أن تقييد المال في مسألة المتفاوضين بمال الشركة.. مما لا بد منه في الاستثناء عن القاعدة المذكورة.

وقال في شركة «البحر» نقلاً عن «الناطفي»: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات.. فذكر بعض [٤٣٦/ب] الفقهاء: أنه لا يضمن، وأحاله إلى شركة «الأصل»، وذلك غلط، بل الصحيح: أن يضمن نصيب صاحبه، كذا في «فتاوى قاضي خان».

وبه تبين: أن ما في «فتح القدير» وبعض الفتاوى ضعيف، وأن الشريك يكون ضامناً بالموت عن تجهيل؛ عناناً أو مفاوضة. انتهى ما في «البحر».

ثم معنى موته مجهّلاً أن لا يبين حال الأمانة وكان لا يعلم أن وارثه يعلمها؛ فإن بينها، أو قال في حياته: رددتها.. فلا تجهيل إن برهن الوارث على مقالته، وإلا.. لم يقبل قوله.

وإن كان يعلم أن وارثه يعلمها.. فلا تجهيل أيضاً، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: المودع إنما يضمن بالتجهيل إذا لم يعرف الوارث الوديعة؛ أما

إذا عرف، والمودع يعلم أن وارثه يعلم ومات ولم يبين.. لا يضمن.

ولو قال الوارث: أنا علمت الوديعة، وأنكر الطالب أن يفسر الوديعة، وقال: الوديعة كذا وكذا، وأنا علمتها، وقد هلكت.. صدق.

اختلف الوارث والمودع - أي الطالب - فقال الطالب: إنه مات مجهلاً، وقالت الورثة: كانت الوديعة قائمة يوم مات المودع، وكانت معروفة، ثم هلكت.. فالقول للطالب في الصحيح؛ لأن الوديعة صارت ديناً في التركة ظاهراً، فلا يقبل قول الورثة.

قالت الورثة: رد مورثنا الوديعة في حياته.. لم يقبل قولهم.

ولو برهنوا أنه قال حال حياته: رددتها.. تقبل.

والحاصل: أن المودع إذا مات مجهلاً.. فالوارث لا يصدق في دعوى الهلاك بعد موته، ولا في دعوى رد مورثه، بل القول فيه قول الطالب، إلا أن يقيم الوارث بينة.

بخلاف ما إذا عين الميت المال في حياته أو أعلم بذلك.. فإنه حينئذ يكون أمانة في يد الوارث، كما في يد المورث، فيصدق في دعوى التسليم أو الهلاك، على ما صرح به في سادس وديعة «البزازية».

وفي الفصل الثاني من «البزازية» أيضاً: المضارب لو قال قبل موته: أودعت مال المضاربة فلاناً، ثم مات.. لا شيء عليه، ولا على وارثه.

ولو أنكر فلان إيداعها عنده.. فالقول له مع يمينه، ولا شيء عليه، ولا على الورثة.

ولو مات فلان قبل أن يقول شيئاً، ولم يعلم أن المضارب دفعه إليه إلا بقوله.. لا يصدق عليه.

وللمودَعِ أَن يحفظَها بِنَفسِهِ وَعِيَالِهِ.

وَله السّفرُ بهَا عِنْدَ عدمِ النَّهْيِ وَالْخَوْفِ.

وإن دفعه إلى فلان بالبرهان أو الإقرار منه، ثم مات المضارب، ثم فلان مجهلاً.. كان ديناً في مال فلان، ولا شيء على المودع.

ولو مات المضارب وفلان حي، فقال: رددتها عليه في [٤٣٧/أ] حياته.. فالقول قوله، ولا ضمان عليه، ولا على الميت.

(**وللمودع أن يحفظها بنفسه وعياله**)؛ لأن الظاهر أن يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، وهو إنما يحفظ مال نفسه بمن في عياله؛ أي: من يساكنه؛ سواء كانت نفقته عليه، أو لا، فيجوز أن يدفع الوديعة إليهم أيضاً.

وعن محمد: أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وهو ليس في عياله، أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثوّبه من مال نفسه وليس في عياله.. لا يضمن؛ لأنه حفظه ما مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله.. فلا يجب عليه أكثر من ذلك، ذكره في «الزيلعي» نقلاً عن «النهاية».

وقال: وعليه الفتوى.

ثم قال: وعلى هذا لم يشترط في «التحفة» في حفظ الوديعة بالعيال وقال: لأنه يلزم المودع حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله، حتى له أن يحفظه بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده ماله.

أقول: علم منه: أن المراد بالأمين المذكور: من يحفظ ماله بوجه من وجوه الأمانة من الشركة والمضاربة والوديعة والعارية ونحوها، لا من يثق به مطلقاً؛ بناء على ظاهر حال المسلم، وهذا هو المراد بالأمين أيضاً في قولهم: الأمين يقبل قوله مع يمينه.

(**وله السفر بها**) أي بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة (**عند عدم النهي والخوف**).

خلافاً لَهما فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمَؤُونَةٌ.

والذي ظهر من إعادة اللام الجارة: أن قوله: «عند عدم النهي والخوف» متعلق بالسفر وحده، ولا يخفى عليك صحة تعلقه بقوله: «أن يحفظها بعياله» أيضاً؛ لأن حفظه بعياله مشروط أيضاً بعدم النهي وبعدم خوف الخيانة، والأمر فيه سهل.

ثم الذي ظهر من «البزازية»: أن اشتراط عدم النهي في الحفظ مع عياله ليس على إطلاقه، بل في عياله الذي له يد فيه، وأما في عياله الذي ليس له يد فيه.. فلا فائدة في اشتراط عدم النهي على ما تقدم؛ حيث قال: إن كانت الوديعة مما تمسك في البيوت، فقال: لا تدفعها إلى زوجتك، فدفع إليها.. لا يضمن.

وقيل: لو نهاه عن الدفع إلى بعض عياله فدفع؛ إن لم يجد بداً منه.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

قال: لا تدفع إلى غلامك، فدفع.. لا يضمن. انتهى.

واعلم: أنهم اختلفوا في معنى التعدي في هذا الباب، قال بعضهم: معناه: ترك الحفظ الملتزم والقصور فيه.

وقال بعضهم: المتعدي: هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع [٤٣٧/ب]، كذا في «العناية».

فالظاهر منه: أن التعدي لا بد فيه من فعل المودع سوى التقصير في الحفظ.

والظاهر من كتبهم: هو الأول.

(**خلافاً لهما فيما له حمل ومؤونة**).

الحَمْل بالفتح: مصدر حمل الشيء، ومنه قولهم: ما له حمل ومؤونة: يعنون: ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال. كذا في «المغرب».

بيانها: أن للمودع أن يسافر بالوديعة، وإن كان لها حمل ومؤونة، إن كان الطريق آمناً ولم يته عنه، وإن كان مخوفاً أو نهى عنه.. ضمن بالاتفاق.

وإذا كان آمناً وله بد من السفر.. فكذلك ضمن.

وإن لم يكن له بدّ، فسافر بأهله.. لا يضمن.

وإن سافر بنفسه.. يضمن؛ لأنه أمكنه تركها في أهله.

ولا فرق بين السفر الطويل والقصير، هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤونة.

لكن قيل: عند أبي يوسف: ليس له الخروج فيما له حمل ومؤونة إذا كانت المسافة بعيداً؛ لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة، ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير زوج ومحرم.

وعند محمد: ليس له ذلك؛ قريبة كانت المسافة أو بعيدة، إذا كان له حمل ومؤونة إذا كانت المسافة بعيدة؛ لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة، ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير زوج ومحرم.

وعند محمد: ليس له ذلك؛ قريبة كانت المسافة أو بعيدة إذا كان له حمل ومؤونة؛ لأنه يلزمه الرد.

والظاهر: أنه لا يرضى به.

ولأبي حنيفة: إطلاق الأمر؛ لأن الأمر أمره بالحفظ مطلقاً.. فلا يتقيد بمكان، كما لا يتقيد بزمان، والمفازة قد تكون محلاً للحفظ إذا كان الطريق آمناً، ولهذا يملك الأب والوصي المسافرة بمال الصبي، ولو كان التلف مظنوناً.. لما جاز لهما ذلك، مع أن ولايتهما نظرية.

ولهما: أنه قد يلزم المالك بذلك مؤونة الرد؛ لاحتمال أن المودع يموت في الطريق.

والظاهر: أنه لا يرضى به، فيتقيد به.

قلنا: سلمنا أن المؤونة قد تلزم المالك، لكنه ليس لمعنى من قبل المودع، بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمر المالك؛ فإنه أمره مطلقاً، وهو لا يتقيد بمكان،

فَإِنْ حفظَهَا بغيرِهم.. ضَمِنَ.

فهو لمعنى راجع إلى المالك، فلا يبالى به.

(**فإن حفظها بغيرهم**)؛ أي: بغير من في عياله (.. **ضمن**)؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره؛ لأن الأيدي تختلف في الأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله؛ كالمضارب لا يضارب.

والوضع عند من ليس في عياله: إيداع؛ كالتسليم إليه، فيوجب الضمان.

اعلم: أنهم اختلفوا في تفسير العيال ههنا.

قيل: هو الذي يسكن معه وتجري عليه نفقته.

وقيل: هو الذي يساكن معه بلا اعتبار النفقة.

والثاني أعم من الأول؛ فعلى هذا: المودع إذا أجر بيتاً من داره [٤٣٨/أ] من رجل ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر؛ إن كان لكل غلق على حدة.. يضمن.

وإن لم يكن وكلٌّ منهما يدخل على الآخر بلا حشمة.. لا يضمن. كذا في «البزازية».

أما الضمان.. فلعدم كون هذا المستأجر عياله على التفسيرين.

وأما عدم الضمان في الثاني.. فلكون هذا المستأجر في عياله على التفسير الثاني.

ولو دفع الوديعة إلى مستأجره مشاهرة أو مسانهة.. لا يضمن؛ لأنه في عياله على التفسيرين.

بخلاف المستأجر مياومة؛ لأنه ليس في عياله على التفسيرين.

قال في «البزازية»: والعيال: هو الذي يسكن معه، وتجري عليه نفقته، والأبوان كالأجنبي، حتى يشترط كونهما في عياله.

ولا يشترط ذلك في حق ولده الصغير وزوجته، حتى لو كانت الزوجة تسكن في محلة هو لا ينفق عليها، ولا يجيء إليها.. لا يضمن.

إِلّا إِذا خَافَ الحَرقَ أَو الْغَرَقَ فَدَفعَهَا إِلَى جَارِهِ، أَو إِلَى سفينةٍ أُخْرَى.

وكذا لو دفعت المرأة إلى زوجها.. لا تضمن وإن لم يكن هو في عيالها.

والولد الصغير كذلك، لكن يشترط في حقه أن يكون قادراً على الحفظ.

وفي النصاب: العبرة للمساكنة لا النفقة، ألا ترى: أن الابن لو ساكن معهما، وليس في عيالهما مخرجاً وتركا المنزل عليه.. لا يضمنان. انتهى كلام «البزازية».

قوله: وليس في عيالهما؛ أي: ليس عليهما نفقته.

وقال فيها أيضاً: خلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الودائع ولم يجدها:

إن كانت أمينة.. لا تضمن.

وإن كانت غير أمينة وعلم بذلك، ومع ذلك ترك الودائع في البيت.. يضمن.

وعن هذا قالوا في «تم بان»[1] إذا ذهب وترك الحال على عبد له، فذهب العبد بودائع الناس.. يضمن إن كان سارقاً وهو عالم به. انتهى.

فعلم منه: أن جواز الحفظ مع عياله مشروط بكون عياله أميناً لا يظن به الخيانة.

وقال ابن أبي ليلى: لا يضمن المودع بالإيداع إلى الأجنبي، ولا مودع المودع بالقبض؛ لأنه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله، ويحفظ ماله تارة: بنفسه، وتارة: بغيره.

قلنا: لم يوجد من المودع الرضاء بالدفع إلى غيره، ولا الدلالة على الرضاء؛ إذ لو رضي بالدفع إلى غيره.. لما أودعه عنده، فكان متعدياً بالدفع فيضمن.

(**إلا إذا خاف الحرق أو الغرق، فدفعها إلى جاره أو إلى سفينة أخرى**).. فإنه حينئذ لا يضمن بالدفع؛ لإنه حينئذ تعين الدفع إلى الجار أو السفينة للحفظ، فيكون برضى المالك، فينتفي الضمان.

---

(١) كذا في المخطوط، و«المحيط البرهاني» (٥/٥٣٠)، و«مجمع الضمانات» (٨٢).

فَإِن طلبَهَا رَبُّهَا فحبسَها، وَهُوَ قَادرٌ على تَسْلِيمهَا.. صَارَ غَاصباً.
وَكَذَا لَو جَحدَهُ إِيَّاهَا وإِنْ أقرَّ بعدَه.

لكنه متهم في دعوى [٤٣٨/ب] ذلك؛ لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب - وهو الدفع إلى الجار أو السفينة - فصار كدعوى الإذن بالإيداع.. فلا بد من إقامة البينة عليه، ولا يصدق بمجرد قوله.

وفي «الزيلعي»: هذا إذا لم يمكن له الدفع إلى عياله في ذلك الوقت، وإن أمكن ذلك ودفعها إلى الأجنبي.. ضمن؛ لعدم الضرورة حينئذ.

وكذا لو ألقاها إلى سفينة أخرى وهلكت قبل أن يستقر فيها؛ بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج.. يضمن؛ لأن الإتلاف حصل بفعله هذا.

وفي «المنتقى»: إذا عُلِمَ احتراق بيته.. قبل قوله بلا بينة.

وفي «الحدادي»: المودع إذا قال: ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء.. يقبل قوله مع يمينه بلا بينة.

ولو قال المودع: وضعت الوديعة بين يدي، ثم قمت ونسيت فضاعت.. يضمن.

ولو قال: وضعتها بين يدي في داري؛ إن كان مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة الذهب والفضة ونحوهما.. يضمن أيضاً.

وإلا.. فلا. انتهى.

وفي «القنية»: احترق بيت المودع، فلم ينقل الوديعة إلى مكان آخر مع إمكانه.. يضمن إذا تمكن من حفظها بنقلها إلى مكان آخر.

قال: ويعرف من هذا كثير من الواقعات. انتهى.

(**فإن طلبها**)؛ أي: الوديعة (**ربها فحبسها وهو قادر على تسليمها.. صار غاصباً**)؛ لأنه متعد بالحبس بعد الطلب فيضمن.

(**وكذا**) أي: يضمن (**لو جحده إياها**) عند طلب ربها؛ لأنه لما طالبه بالرد.. فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك بالإمساك صار غاصباً فيضمن (**وإن**) وصلية (**أقر بعده**)؛

بِخِلَافِ جَحدِهَا عِنْدَ غَيرِهِ.

لأن العقد قد ارتفع بالجحود؛ إذ المطالبة بالرد: دفع للعقد من جهته، والجحود: فسخ من جهة المودع بجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع، فتم الرفع.

ولأن المودع قد عزل نفسه عن الوديعة بالجحود بمحضر من المالك؛ فإذا عزل نفسه.. ارتفع العقد، وإذا ارتفع.. لا يعود إلا بتجديده، ولم يتجدد، فلم يوجد الرد إلى نائب المالك؛ أعني: المودع نفسه بإقراره، فصار غاصباً.

بخلاف الخلاف فعلاً، ثم العود إلى الوفاق؛ فإن الشيء يرتفع بما ينافيه، والفعل لا ينافي القول؛ أي: عقد الوديعة.

وأما الجحود.. فهو قول بنقيض العقد، فينافيه، فيرتفع به.. فلا يعود.

(**بخلاف جحدها عند غيره**)؛ أي: غير المالك؛ بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان؟ فقال: ليس له عندي وديعة.. فإنه لا يضمنها بهذا [٤٣٩/أ] الإنكار عند الثلاثة.

وكذا لو جحدها عند مالكها من غير طلب منه؛ مثل أن يقول: ما حال وديعتي عندك؟ فقال: ليس لك عندي وديعة.. لا يضمن؛ لأنه من باب الحفظ؛ لأن فيه قطع طمع الطامعين.

وقال زفر: يضمن.

وذكر الناطفي: إذا جحد المودع الوديعة عند صاحبها.. يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتى لو نقلها المودع من الموضع الذي كانت فيه في حالة الجحود.. يضمن.

وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت.. لا يضمن. كذا في «قاضي خان».

ثم قال فيه أيضاً: صاحب الوديعة إذا طالب المودع بالرد، فجحد، فأقام صاحب الوديعة البينة أنه أودعه كذا، وأقام المودع البينة أنها ضاعت عنده.. لا تقبل بينته ويكون ضامناً.

وإِنْ خلطَها بِمَالِه بِحَيْثُ لَا تتَمَيَّزُ.

فَإِنْ بجنسها.. ضَمِنَ، وَانْقطعَ حقُّ الْمَالِكِ مِنْهَا فِي الْمَائِعِ وَغَيرِهِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وكذا لو أقام المودع البينة أنها كانت ضاعت قبل الجحود.

وذكر في «المنتقى»: إذا جحد المودع الوديعة، ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك، وأقام البينة.. قبلت بينته.

وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود.

ولو قال: إنما غلطت في الجحود، أو نسيت، أو ظننت أني رددت حين دفعتها إلي وأنا صادق في قولي هذا، وأقام بينة.. قبلت بينته في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وإن خلطها**)؛ أي: الوديعة (**بماله بحيث لا تتميز**)، احترز به عن الخلط بطريق المجاورة مع إمكان التمييز؛ كخلط الجوز باللوز، والدراهم البيض بالسود.. فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع؛ لتيسُّر الوصول إلى عين حقه.

واعلم: أن خلط المودع على أربعة أنواع، ولكل نوع حكم، على ما سيأتي بيانه.

وأما لو خلطها الأجنبي أو بعض من في عيال المودع.. فلا يضمن فيه المودع، بل يضمن الخالط؛ صغيراً كان أو كبيراً، ولا يضمن أبوه لأجله، على ما صرح به في أول وديعة «البزازية».

(**فإن**) خلطها (**بجنسها**)؛ سواء كان الخلط:

بطريق المزج؛ كخلط الدهن بمثله، والخل بمثله.

أو: **بطريق المجاورة**؛ كخلط الحنطة بمثلها، والشعير بمثله، والدراهم البيض بمثلها، والسود بمثلها.

(.. **ضمن، وانقطع حق المالك منها**)؛ أي: لا شركة بينهما في المخلوط (**في المائع وغيره**) كما ذكرناه (**عند الإمام**).

وَعِنْدَهُمَا: فِي غيرِ الْمَائِع: للْمَالِكِ أَن يشرُكَهُ إِن شَاءَ.

وَكَذَا فِي الْمَائِعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يصيرُ الْأَقَلُّ تَابعاً للْأَكْثَر فِيهِ.

وإِنْ بِغَيْر جِنْسهَا؛ كبُرٍّ بشعيرٍ، وزيتٍ بشيرجٍ.. ضمنَ، وَانْقطعَ حقُّ الْمَالِكِ إِجْمَاعاً.

(وعندهما: في غير المائع: للمالك أن يشركه إن شاء).

لهما: أنه تعذر الوصول إلى عين حقه صورةً، وأمكنه معنىً بالقسمة، فكان هذا الخلط استهلاكاً من وجه دون وجه [٤٣٩/ب]، فيميل إلى أيهما شاء.

ولأبي حنيفة: أنه استهلاك من كل وجه؛ لتعذر الوصول معه إلى عين حقه.

وقولهما: «وأمكنه معنى بالقسمة» غير صحيح؛ لأن القسمة من أحكام الشركة ومقتضياتها.. فلا يصلح أن يكون علة موجبة لها، وإلا.. لانقلب المعلول علة.

ثم لو أبرأ المالك الخالط.. سقط حقه عن ذمة المودع عند الإمام؛ لأنه لا حق له إلا في الدين وقد أسقط.

وعندهما: لا، بل إنما يسقط خيرة الضمان؛ لكون الدين متعيناً لصرف الإبراء إليه، فتبقى الشركة في المخلوط.

(وكذا)، أي: للمالك أن يشركه إن شاء (في المائع عند محمد)، قليلاً كان المخلوط أو كثيراً؛ بناء على أن الجنس لا يغلب الجنس عنده؛ كما قال في الرضاع إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح وصبت في حلق رضيع.. يثبت الرضاع منهما جميعاً عنده، بلا فرق بين القليل والكثير.

(وعند أبي يوسف: يصير الأقل تابعاً للأكثر فيه)؛ أي: في المائع، فيكون المخلوط لصاحب الكثير، ويضمن لصاحب القليل؛ اعتباراً للغالب أجزاء.

(وإن) خلطها (بغير جنسها) بطريق المجاورة أو المزج؛ (كبّر بشعير، وزيت بشيرج.. ضمن) الخالط، (وانقطع حق المالك) منها (إجماعاً)؛ لأنه استهلاك صورة؛

وإِنْ اختلطَتْ بِلَا صُنْعِهِ.. اشْتَرَكَا إِجْمَاعاً.

وإِنْ تعـدَّى فِيهَـا؛ بِـأَن كَانَـت ثوبـاً فلبسَـهُ، أَو دَابَّـةً فركبَهـا، أَو عبـداً فاستخدمَهُ.. ضَمِنَ.

لعدم التمايز بينهما، ومعنى؛ لتعذر القسمة بسبب اختلاف الجنس؛ لأن حقيقة القسمة بالإفراز، وذلك إنما يكون عند اتحاد الجنس.

وهذا على رواية واحدة في الخلط بطريق المزج بغير الجنس.

وأما في الخلط بطريق المجاورة خلط البر بالبر.. قيل: فيه اختلاف.

والصحيح: أنه لا فرق بينهما، على ما اختاره المصنف، وهو المذكور في «الهداية»؛ لأن حبات أحدهما لا تخلو من حبات الآخر.

وقيل: إن خلط البر بالشعير مثل خلط البر بالبر، والشعير بالشعير.. فكان على الاختلاف المذكور فيه.

والحاصل: أن الخلط بحيث يتعذر التمييز: على أربعة أنواع:

خلط بجنسها بطريق المجاورة، أو بطريق الممازجة، وخلط بخلاف جنسها بطريق المجاورة، أو بطريق الممازجة. وقد علم حكم كل منها.

(**وإن اختلطت**) الوديعة بماله (**بلا صنعه**)؛ كما لو انشق الكيسان فاختلطا في صندوق المودع (.. **اشتركا إجماعاً**)؛ لأنه لم يصنع شيئاً يوجب الضمان.

فإن هلك البعض.. كان من مالهما جميعاً؛ إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة.

(**وإن تعدى**) المودع (**فيها**)؛ أي: في [٤٤٠/أ] الوديعة (**بأن كانت ثوباً فلبسه، أو دابة فركبها، أو عبداً فاستخدمه.. ضمن**) إن هلك من ذلك الفعل، هذا أصل كلي في الضمان.

ومن فروعه: إذا قال المودع: وضعت الوديعة في مكان حصين فنسيت.. قالوا: إنه يضمن؛ لأنه جهَّل الأمانة، فيكون متعدياً كما لو مات مجهلاً.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال وضعت الوديعة في داري فنسيت المكان.. لا يكون ضامناً.

ولو قال: لا أدري وضعتها في داري أو في موضع آخر.. كان ضامناً.

وهكذا روي عن أبي يوسف.

ولو قال: وضعت الوديعة بين يدي في مكان، ثم قمت فنسيتها، أو قال: سقطت مني.. قال الفقيه أبو بكر البلخي: يضمن.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال: سقطت مني.. لا يضمن.

ولو قال بالفارسية: بيفكندم.. يكون ضامناً.

لو قال: سقطت الوديعة.. يضمن.

وقال الإمام ظهير الدين: لا يضمن؛ كما لو قال: سقطت الوديعة، وعليه الفتوى.

ولو قال: ضاعت الوديعة.. لا يضمن.

ولو قال: ضيعت.. لا يضمن؛ لأن الإضاعة والتضييع تعد، بخلاف الضياع.

ولو قال: لا أدري كيف ذهبت.. قال بعضهم: يضمن، بخلاف ما لو قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الأصح: أنه لا يضمن على كل حال؛ سواء قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، أو قال: لا أدري كيف ذهبت ولم يزد عليه.

ولو دفع إلى دلال ثوباً ليبيعه، ثم قال الدلال: وقع الثوب من يدي وضاع، ولا أدري كيف ضاع.. لا ضمان عليه.

ولو قال: نسيت، ولا أدري كيف ضاع.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: لا ضمان عليه.

ولو قال: نسيت، ولا أدري في أيّ حانوت وضعت.. يكون ضامناً.

نجار أودع عند رجل زنبيلاً فيه آلاته، ثم ادعى أنه كان فيه قدوم، وطلبه منه، فقال المودع: لا أدري ما كان فيه.. قال الفقيه أبو جعفر: لا ضمان عليه، ولا يمين حتى يدعي عليه أنه رفعه أو ضيعه.. فحينئذٍ يحلف؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. ضمن.

لو قال المودع: دفنت الوديعة ونسيت موضعها.. قال ابن شجاع: إن دفنها في داره.. لا يضمن، وإن دفنها في دار غيره.. يضمن، قيل له: فإن دفتها في كرمه فسرقت؟ قال: إن كان له باب.. فليس بتضييع، وإلا.. فهو تضييع.

وكذلك الدار إن لم يكن له باب.

لو قال [٤٤٠/ب]: لا أدري أضيعت الوديعة أم لم أضيّع.. قالوا: يكون ضامناً.

ولو قال: لا أدري أضاعت أم لم تضع.. لا يكون ضامناً.

لو دفع جوهراً إلى رجل ليبيعه، فقال القابض: أنا أريها تاجراً لأعرف قيمتها، فضاع الجوهر قبل أن يريه.. قال محمد بن الفضل: إن ضاعت أو سقطت بحركته.. يكون ضامناً، وإن سرقت منه أو ضاعت بمزاحمة أصابته من غيره.. لا يضمن.

ولو وضع الوديعة في حانوته وذهب إلى الجمعة، وترك باب الحانوت مفتوحاً، أو أجلس صغيراً ليحفظ حانوته، فذهبت الوديعة من الحانوت.. قال محمد بن الفضل: إن كان الصبي ممن يضبط الأشياء ويحفظها.. لم يضمن، وإن كان ممن لا يضبط.. ضمن.

وقال القاضي الإمام علي السغدي: لا يضمن على كل حال؛ لأنه ترك الوديعة في حرزه.. فلا يكون تضييعاً.

ولو دفع الوديعة إلى عيال المالك.. ذكر القدوري والفقيه أبو الليث والإمام السرخسي: أنه يضمن.

وذكر محمد بن الفضل: أنه لا يضمن؛ لأن الرد إلى من في عيال المالك يكون رداً على المالك من وجه، والضمان لم يكن واجباً.. فلا يجب بالشك، بخلاف الغاصب إذا رد المغصوب إلى من في عيال المالك.. فإنه لا يبرأ؛ لأن ثمة الضمان كان واجباً، والرد على من كان في عيال المالك يكون رداً على المالك من وجه.. فلا يبرأ بالشك. كذا في وديعة «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً: رجل تناول مال إنسان بغير أمره في حياته، ثم رد المال إلى ورثته بعد موته.. قال أبو بكر محمد بن الفضل: يبرأ الظالم عن الدين، ويبقى حق الميت في مظلمة أبيه، ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له.

وقال فيه أيضاً في فضل براءة الغاصب والمديون: رجل له على رجل مال ولم يقدر على استيفائه.. قالوا: الإبراء أفضل من أن يدعو عليه؛ لأن في الإبراء تخليص المديون عن نار الآخرة.

رجل مات وعليه فرض.. ذكر الناطفي: يرجى أن لا يكون مؤاخذة في الآخرة إذا كان من نيته قضاء الدين.

رجل مات وعليه دين نسيئة، ووارثه يعلم ذلك.. فإن الوارث يقضي دينه من مال الميت.

ولو أن هذا الوارث نسي أيضاً حتى مات.. لا يؤاخذ الوارث بذلك في [١٤٤/أ] الآخرة؛ لأن الوارث لم يباشر سبب الدين في الابتداء، فلم يكن ظالماً، والنسيان لم يكن منه.

رجل مات وله على رجل حق، ولم يخلف وارثاً.. قالوا: يتصدق المديون بما عليه عن الميت؛ ليكون ذلك وديعة عند الله يوصله إلى خصمه يوم القيامة.

مسلم غصب من ذمي مالاً، أو سرق منه.. فإنه يعاقب به يوم القيامة؛ لأنه أخذ

فَإِن أَزَالَ التَّعَدِّي.. زَالَ الضَّمَانُ.

مالاً معصوماً، والذمي لا يرجى منه العفو، ويرجى ذلك من المسلم، فكانت خصومة الذمي أشد، وعند الخصومة: لا يعطى له ثواب طاعة المسلم؛ لأن الكافر ليس من أهل الثواب، ولا وجه أن يوضع على المسلم مال كفر الكافر.. فتبقى خصومته.

وعن هذا قالوا: إن خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمي.

هذا، وفي «البزازية»: توجه نحوه السراق، فدفنها في الجبانة خوفاً وفر، ثم جاء ولم يجدها؛ إن أمكنه أن يجعل علامة ولم يعلّم.. يضمن.

وإلا؛ فإن جاء على فور الإمكان.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

جعل دراهم الوديعة في الخف الأيمن فضاع.. يضمن، وإن في الأيسر.. لا يضمن.

وقيل: لا يضمن فيهما. انتهى.

وفي «العمادي»: إذا جعل المودع خاتم الوديعة في الخنصر أو البنصر.. يضمن، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام.. لا يضمن، وعليه الفتوى.

وكذلك المرتهن.

ولو كان المودع امرأة.. ففي أي إصبع لبسه.. يضمن، هكذا ذكره نقلاً عن «الذخيرة».

ثم علله: بأن هذا استعمال من المرأة دون الرجل.

(**فإذا زال التعدي**) بأن ردها إلى يده بترك اللبس والركوب والاستخدام (**.. زال الضمان**).

وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان؛ لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن الأمر باق؛ لإطلاقه عن التقييد بوقت، فيوجب بقاء المأمور به، وهو: الحفظ على وجه الأمانة، وارتفاع حكم العقد - وهو: الحفظ المذكور لضرورة

بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ، وَالْمُسْتَأْجِرِ.

ثبوت نقيضه، وهو: الأمانة - بالمخالفة، والثابت بالضرورة: يتقدر بقدرها، ولا يتعدى إلى ما بعدها؛ فإذا ارتفعت الضرورة بارتفاع المخالفة.. عاد الأمانة.

فإن قيل: إن الأمر باق، فيكون مأموراً بدوام الحفظ، وما هذا شأنه: فالمخالفة فيه رد الأمر من الأصل؛ كالجحود على ما مر.. فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة؛ كالاعتراف بعد الجحود على ما تقدم.

قلنا [١٤٤/ب]: لا نسلم أن المخالفة فيه ردّ له من الأصل؛ لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله، أو بما ينافيه، والمخالفة بالفعل والاستعمال ليست بموضوعة لإبطال عقد الإيداع، ولا منافية له؛ لأنه بالقول، ولا وضع ولا منافاة بين الفعل والقول، بخلاف الجحود.. فإنه قول موضوع للرد، فيجوز أن يكون رد القول مثله.

ألا ترى: أن الجحود في أوامر الشرع ردّ لها، حتى يكفر به، والمخالفة بترك صلاة أو صومٍ مأمورٍ به ليست برد، حتى لا يكفر به.

(بخلاف المستعير والمستأجر) إذا تعديا في العين المستعارة والمستأجرة، ثم أزال التعدي.. لا يبرأ عن الضمان؛ لأن البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً، ولم يوجد في ذلك؛ لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع؛ فإذا تركا الخلاف.. لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً.

بخلاف المودع؛ لأن يده يد المالك حكماً؛ لأنه عامل له في الحفظ؛ فإذا ترك الخلاف.. فقد ردها إلى يد صاحبها حكماً.. فيبرأ؛ إذ هو ثابت عنه.

وأما الرهن: فهو مثل الوديعة، حتى لو تعدى على الرهن، ثم أزال التعدي.. زال الضمان عنه، على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: ومن حكم الوديعة والرهن: أن يخرج من الضمان إذا عاد إلى الوفاق، بخلاف الإجارة والإعارة؛ فإن فيهما لا يخرج عن الضمان بترك الاستعمال. انتهى.

ومثل المستعير: المستأجر، على ما في «العمادية»؛ حيث قال فيه فيما يصدق فيه المودع وما لا يصدق: والمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.. يبرأ عن الضمان، بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها، ثم اعترف.. فإنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، وكذا المرتهن والمستأجر والمستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.. لا يبرأ. انتهى.

فقد جعل الرهن مثل الإجارة والاستعارة، ثم قال والوكيل بالبيع إذا خالف؛ بأن استعمل العبد، ثم عاد إلى الوفاق وباعه.. جاز.

وكذا الوكيل بالحفظ والوكيل بالإجارة والاستئجار والمضارب والمستبضع إذا خالف ودفع المال لينفقه في حاجته، ثم عاد إلى الوفاق.. عاد مضارباً ومستبضعاً.

أما مستأجر الدابة إذا نوى الخلاف أو المستعير، ثم ندم وترك تلك النية؛ إن كان سائراً عند النية.. فعليه الضمان إذا هلكت الدابة؛ أما إذا كان واقفاً إذا ترك النية.. عاد أميناً.

والشريك شركة عنان [٤٤٢/أ] أو مفاوضة إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق.. عاد أميناً. هكذا ذكره هذه الجملة.

ثم ذكر نقلاً عن أبي اليسر: ولو كان مأموراً بالحفظ شهراً، فمضى شهر، ثم استعمل الوديعة، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ كما كان.. لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والأمر بالحفظ غير باق. انتهى.

فعلم مما ذكره عن أبي اليسر: أن الوديعة تجوز مطلقاً ومؤقتاً، وأن المودع إذا أزال التعدي.. زال الضمان في المطلق دون الموقت.

وهل يلزمه الضمان بمجرد تركه حفظ الوديعة المؤقتة بعد مضي الوقت بلا تعد عليها؟

ففي آخر وديعة «البزازية»: المودع إذا ترك حفظها بعد مضي الوقت.. قال صاحب «المحيط»: لا يضمن إذا هلكت.

وَكَذَا لَو أودعَها ثمَّ استردَّها.

قيل له: ولم لا تجعله مودعاً ثانياً بعد مضي الوقت؟

قال: لأن المالك رضي بأن لا يحفظها بعد مضي الوقت. انتهى.

وهل يوجد العود إلى الوفاق بمجرد نزع ثوب الوديعة؟

فقال في «العمادي»: سئل ظهير الدين: عن لبس ثوب الوديعة، ودخل المشرعة ليخوض الماء، ونزع الثوب ووضعه على ألواح المشرعة، [فلما انعمس][1] سرق الثوب.. قال: لا ضمان عليه؛ لأنه لما نزعه فقد عاد إلى الوفاق، فلا يضمن.

وفيه نظر؛ بدليل مسألة المحرم إذا لبس المخيط، ثم نزعه، ثم لبسه ثانياً؛ إن نزعه على قصد اللبس.. يتحد الجزاء؛ لأنه إذا كان على هذا القصد.. فكأنه دام على ذلك اللبس.

وإن نزعه لا على هذا القصد.. يتعدد الجزاء، فعلى هذا: ينبغي أن لا يبرأ؛ لأنه نزعه على قصد اللبس.

(**وكذا لو أودعها، ثم استردها**)؛ أي: لو أودع المودع الوديعة بلا إذن صاحبها.. ضمن للتعدي، ثم استردها.. زال الضمان؛ كما في ترك اللبس والركوب والاستخدام كما تقدم.

وإنما فصله عنها؛ لما بينهما من المخالفة؛ لأنه لو أودعها فهلكت عند الثاني.. فالضمان على الأول عند أبي حنيفة، وقالا: على أيهما شاء - على ما سيأتي مصرحاً - لأن الأول خالف أمره، والثاني تعدى بقبض مال الغير بغير أمره، وكلاهما موجب الضمان.

ثم إن ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان مستنداً، فيكون مودعاً ملكه.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «الفتاوى الهندية» (٤/٣٤٨).

وإن ضمن الثاني.. يرجع على الأول؛ لأنه إنما لحقه ذلك بسبب الأول، فيكون مغروراً من جهته، فصار كمودع الغاصب؛ فإنه يرجع على الغاصب بالضمان.

ولأبي حنيفة: أن الثاني قبض المال من يد أمين؛ لأنه بالدفع إليه لا يضمن [٤٤٢/ب] ما لم يفارقه؛ لوجود ما هو المقصود - وهو الحفظ الذي يحضره رأيه، لا الحفظ بصورة يده؛ بدليل: أنها لو هلكت قبل أن يفارقه.. لا يضمن واحد منهما بالاتفاق.

فعلم بذلك: أن الإيداع مباح له إذا لم ينقطع رأيه، فلم يكن متعدياً بمجرد الدفع ما لم يفارقه؛ فإذا لم يكن متعدياً.. لم يكن قبض الثاني من ضمين، وإذا فارقه.. صار مضيعاً لها وقت التفرق بترك الحفظ الملتزم بالعقد.

وأما القابض منه: لم يكن متعدياً بالقبض؛ بدليل ما تقدم من عدم وجوب الضمان عليهما بالهلاك قبل أن يفارقه الأول، وبعد الافتراق: لم يُحدِث فعلاً آخر، بل هو مستمر على الحالة الأولى - وهو القبض من أمين - فلا يكون متعدياً ضامناً؛ لأنه لما صار في أوله أميناً.. وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله، فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في حجر غيره.. فإنه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه تعد، كذا هذا.

والجامع بينهما: أن كل واحد منهما لم يكن متعدياً في الابتداء.. فلا ينقلب متعدياً بدون إحداث فعل آخر.

واعلم: أن أشياء إذا ملكها إنسان.. ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض، ولا بعده:

منها: مسألة الكتاب: أن المودع لا يملك إيداع الوديعة عند الأجنبي، ولو أودع.. يصير متعدياً، وكذا لو أعارها أو أجرها أو رهنها.

ومنها: المرتهن لا يملك الرهن بغير إذن الراهن؛ فإن فعل وهلك عند الثاني..

وَإِنْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا فَهَلَكَ الْبَاقِي.. ضمنَ مَا أَنْفَقَ فَقَط.

كان للراهن أن يضمن أيهما شاء قيمة الرهن؛ فإن ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني، وإن ضمن الثاني.. يرجع على الأول.

ومنها: الوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره إذا لم يقل الموكل: «اعمل برأيك» أو أذن له في ذلك، على ما تقدم تفصيله في الوكالة.

ومنها: إذا استأجر دابة ليركبها بنفسه.. لا يملك إيجاره غيره؛ لا للركوب ولا للحمل، وكذا إذا استأجر ثوباً للبسه.. لا يؤجر غيره.

ومنها: إذا استأجر دابة للركوب أو ثوباً للبسه.. لا يملك إعارته للغير.

ومنها: أخذ أرضاً وبذراً من رجل ليزرعها، ولم يقل له صاحب الأرض: «اعمل فيه برأيك».. لا يملك أن يدفع إلى غيره مزارعة، بخلاف ما إذا كان البذر من قبل الآخذ؛ فإن له حينئذ أن يدفع إلى غيره مزارعة على كل حال.

ومنها: المضارب لا يدفع إلى غيره مضاربة، ما لم يقل له رب المال: «اعمل برأيك»، على ما تقدم.

ومنها: أن المستبضع لا يملك [٤٤٣/أ] الإيداع؛ فإن أبضع وهلك.. فلرب المال أن يضمن أيهما شاء.

ومنها: أن المستبضع لا يملك الإبضاع أيضاً، كذا في «قاضي خان».

(وإن أنفق) المودع (بعضها)؛ أي: بعض الوديعة (فهلك الباقي.. ضمن ما أنفق فقط)؛ لعدم تعدّيه في الباقي.

إلا إذا تعيب الباقي بالتبعيض.. فحنيئذ يضمن الكل.

أشار بالاتفاق: إلى أنه لو أخذ بعضها أو كلها لينفقه في حاجته، ثم بدا له فرده إلى موضعه، ثم ضاعت الوديعة.. لم يضمن؛ لأن أخذه ولو للإنفاق.. لم يناف الحفظ، بل هو عين الحفظ، وبمجرد النية لا يصير متعدياً؛ كما لو نوى أن يغصب مال إنسان ولم يفعل؛ نظيره: مودع غاب عن بيته، فقال له رجل أجنبي: إن لي في

وَإِن ردَّ مثلَهُ وخلطَهُ بِالْبَاقِي.. ضمنَ الْجَمِيعَ.

وَلَو تصرَّفَ فِيهَا، فربحَ.. يتَصَدَّقُ بِهِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يطيبُ لَهُ.

وَإِن أَودعَ اثْنَانِ مِن وَاحِدٍ شَيْئاً.. لَا يدْفعُ إِلَى أَحدِهمَا حِصَّتَهُ بغيبَةِ الآخرِ.

بيتك شيئاً فادفع إلي المفتاح حتى أرفعه، فسلم إليه المفتاح، فلما عاد الرجل إلى بيته.. لم يجد الوديعة في موضعها، قال محمد بن الفضل: لا يضمن المودع؛ لأنه بمجرد دفع المفتاح إليه.. لم يصر جاعلاً بيته في يد الأجنبي، فلم يكن متعدياً في الحفظ.

(**وإن رد مثله**)؛ أي: مثل ما أنفقه (**وخلطه بالباقي.. ضمن الجميع**)، بعضه: باستهلاكه بالإنفاق، وبعضه: بالاستهلاك.

فإن قيل: فاجعل الرد قضاء لا خلطاً.

قلنا: إن تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه لا يجوز.

ولو جعل علامة على ما رده من ماله حين خلطه بالوديعة.. لا يضمن الجميع، بل يضمن ما أنفق فقط، على ما في «غاية البيان»، وهذا؛ لعدم استهلاك الباقي بالخلط.

(**ولو تصرف**) المودع (**فيها**)؛ أي: في الوديعة (**فربح.. يتصدق به**)؛ أي: بالربح، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: يطيب**) الربح (**له**)؛ أي: للمودع - يعني: إذا أدى الضمان - لأن شرط طيب الربح عنده: أداء الضمان؛ لأنه حينئذ يكون ملكه، فيطيب.

لهما: أنها إنما تصير ملكاً له بأداء الضمان مستنداً إلى وقت وجوبه، والمستند: ثابت من وجه، فيكون الربح حاصلاً له من ملك غيره من وجه، فيتصدق به لخبثه.

ولو باع الوديعة، ثم اشتراها من المشتري ودفعها إلى مالكها، وسلم له فضل الثمن.. يطيب له الفضل كذا في «شرح المجمع».

(**وإن أودع اثنان من واحد شيئاً.. لا يدفع**) المودع (**إلى أحدهما حصته بغيبة الآخر**) عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

(خلافاً لهما)، هذا الخلاف في ذوات الأمثال من المكيلات والموزونات.

وفي غيرها: ليس له ذلك بالإجماع على الصحيح، على ما في «العناية» [٤٤٣/ب] نقلاً عن «الفوائد الظهيرية»، قال: حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد.. لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع.

لهما في الخلافية: أن الحاضر طلب نصيبه خاصة، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك.

ولأبي حنيفة: أن المودع لا يملك القسمة بينهما.

ولنا: لو دفع إليه نصفه.. لا يكون ذلك قسمة بالإجماع، حتى تصيب الغائب؛ لعدم إذنه بذلك، فيكون متعدياً بالدفع، فيضمن نصفه.

بخلاف الدين المشترك؛ لأنه يطالبه بتسليم حصته؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيكون المديون متصرفاً في مال نفسه لا في حق غيره، كذا في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ولم يقيدوا المسألة بنهي المالكين، وقد قيدها بذلك في «قاضي خان»؛ حيث قال: ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً، وقالوا: لا تدفع إلى رجل منا حتى يجتمع كلنا، فدفع نصيب أحدهم إليه.. كان ضامناً في قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يتعين نصيبه إلا بالقسمة، والمودع لا يملك القسمة.

رجلان أودعا رجلاً ثوباً، وقالا: لا ندفع إلا إلينا جميعاً، فدفع إلى أحدهما.. كان ضامناً؛ فإن أراد المودع أن يخرج نفسه عن الضمان.. قالوا: الحيلة له في ذلك: أن يقول للحاضر الذي يطالبه بعد ما دفع إلى الأول: أحضر خصمك حتى أدفعه إليكما، ولا يقر بالدفع إلى الأول. انتهى.

هذه الحيلة هي المنقولة عن أبي حنيفة في مسألة الحمامي، وهي: رجلان دخلا حماماً وأودعا عند الحمامي مالاً، فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه، ثم خرج الآخر

فطالبه، فتحير الحمامي وذهب إلى أبي حنيفة، فقال له أبو حنيفة: قل له: لا أعطيك حتى تحضر صاحبك، فانقطع هذا.

ولنذكر مسائل الحمام قال في أول وديعة «قاضي خان»: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وقال صاحب الحمام: في ذلك الموضع، فوضع ثمة ودخل الحمام، ثم خرج من الحمام ولم يجد الثوب، فقال صاحب الحمام: إن صاحبك أخذ وذهب، ولم يكن لصاحب الثوب صاحب.. فصاحب الحمام ضامن؛ لأن قول صاحب الثوب: «أين أصنع الثوب» استيداع عرفاً، وكلام صاحب الحمام: «في ذلك الموضع» قبول للوديعة. هذا قول ابن سلمة وأبي نصر الدبوسي.

وقال أبو القاسم: لا ضمان عليه.

والأول: أصح، على ما في «العمادي».

قال: إن كان صاحب الحمام جالساً لأجل الغلة [٤٤٤/أ]، فوضع صاحب الثوب ثوبه برأي العين منه، ولم يقل باللسان شيئاً، ودخل الحمام؛ فإن لم يكن للحمام ثيابي.. يضمن صاحب الحمام؛ لأن وضع الثياب برأي العين منه استحفاظ.

وإن كان للحمام ثيابي؛ فإن كان الثيابي حاضراً.. لا يضمن صاحب الحمام شيئاً، بل يضمن الثيابي؛ لأن هذا استحفاظ من الثيابي لا من الحمامي.

وإن كان الثيابي غائباً ونزع الثياب برأي العين من صاحب الحمامي.. كان استحفاظاً من الحمامي، فحينئذٍ يضمن الحمامي.

دخل حماماً فنزع ثيابه بحضرة من صاحب الحمام، فلما خرج من الحمام لم يجد ثيابه، ووجد صاحب الحمام نائماً.. قالوا: إن كان نائماً قاعداً.. لا يكون ضامناً؛ لأنه مستيقظ حكماً، فلم يكن تاركاً للحفظ.

وإن كان نائماً مضطجعاً واضعاً جنبيه على الأرض.. كان ضامناً؛ لأنه تارك للحفظ.

دخل الحمام ووضع ثيابه عند صاحب الحمام فخرج رجل من الحمام ولبس ثيابه، ولم يدر أنها ثيابه أو ثياب غيره، ثم خرج صاحب الثوب وقال: ليست هذه ثيابي، وقال الحمامي: خرج رجل من الحمام ولبس الثياب فظننت أنها ثيابه.. كان [ضامناً]؛ لأنه ترك الحفظ، كذا في «قاضي خان».

وقال في «العمادي»: سئل قاضي خان عن المودع دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي، فضاعت.. قال: وجب الضمان؛ لأنه ليس للمودع أن يودع.

وقال صاحب «المحيط»: ينبغي أن لا يضمن؛ لأنه إيداع ضمني، وإنما يضمن بالإيداع القصدي.

وسئل «قاضي خان» أيضاً: عمن دخل الحمام وفي ثيابه خاتم رهن، هل يضمن المرتهن؟

قال: يضمن؛ لما ذكرناه.

وضع الوديعة مع ثيابه على شط النهر واغتسل ولبس ثيابه، ونسي الوديعة.. ضمن.

وكذا: إذا سرقت حين انغمس.

ثم قال فيه في ضمان الحمامي نقلاً عن «الذخيرة»: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه؛ فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه، ويظن أنه يرفع ثيابه.. فهو ضامن؛ لأنه ترك الحفظ ولم يمنع القاصد وهو يراه.

وإن أقر: أني رأيت أحداً قد رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت.. فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر تاركاً للحفظ لمَّا ظن أن الرافع هو. انتهى.

والشق الأول: هو مسألة «قاضي خان» التي ذكرناها آنفاً، إلا أنه لم يذكر في «قاضي خان» أمر صاحب الثوب بحفظ [٤٤٤/ب] ثوبه للحمامي.. فعلم منه أنه يضمن في الشق الأول؛ سواء أمر صاحب الثوب بالحفظ أو لم يأمر.

وقال في «العمادي» أيضاً وإن سرق الثوب والحمامي يشترط له بإزاء حفظه الثياب بشيء: وإذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجراً.. كان له الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ، فحينئذٍ يكون على الاختلاف المعروف:

لا ضمان عند أبي حنيفة.

خلافاً لهما؛ لأنه أجير مشترك.

وكذا: على هذا الخلاف فيما دفع الثياب إلى جار دار وسرق منه.

امرأة دخلت الحمام، ودفعت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب، فلما خرجت.. لم تجد عندها ثياباً:

قال محمد بن الفضل: إن كانت هذه المرأة دخلت في أول مرة في هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التي تمسك الثياب.. فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعاً وإذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر؛ لأنها إذا دخلت في هذا الحمام أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ.. كان ذلك إيداعاً منها، والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع.

وإن كانت هذه المرأة قد دخلت هذا الحمام قبل هذه المرة، وكانت تدفع ثيابها إلى هذه الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب.. فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة.

خلافاً لهما؛ لأنها أجير مشترك، والمختار في الأجير المشترك: قول أبي حنيفة.

وإِنْ أودعَ عِنْد اثْنَيْنِ:

مَا يُقسَمُ.. اقتسماهُ وَحفظَ كلٌّ حِصَّتَهُ.

فإِنْ دفَع أَحدُهمَا إِلَى الآخرِ.. ضَمِنَ.

الدَّافِع لَا الْقَابِضُ.

وَعِنْدَهُمَا: لكلٍّ حفظُ الْكلِّ بِإِذنِ الآخرِ.

وقيل: هو قول محمد.

والفتوى: على قول أبي حنيفة: أن الثيابي لا يضمن إلا بما يضمن المودع.

وذكر «قاضي خان» وقال: ينبغي أن يكون الجواب في هذه المسألة عندهما على التفصيل؛ إن كان الثيابي أجير الحمامي يأخذ كل يوم منه أجراً معلوماً بهذا العمل.. لا يكون ضامناً عند الكل، بمنزلة تلميذ القصّار.

(**وإن أودع**) واحد (**عند اثنين ما يقسم**) وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسيّ؛ كالمكيل والموزون (.. **اقتسماه، وحفظ كل**) من المودعين (**حصته**) بالنصف.

(**فإن دفع أحدهما إلى الآخر.. ضمن الدافع، لا القابض**) عند أبي حنيفة.

وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الآخر.

(**وعندهما: لكل**) واحد منهما (**حفظ الكل**)؛ أي: كل الوديعة بلا اقتسام (**بإذن الآخر**).

لهما: أنه رضي بأمانتهما.. فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمنه كما فيما لا يقسم.

وله: أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ واحد منهما كله، والرضاء بأمانة الاثنين: لا يكون رضا [٤٤٥/أ] بأمانة الواحد.

وهذا: لأن الفعل كالحفظ، متى أضيف إلى اثنين فيما يقبل التجزي.. يتناول البعض دون الكل، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك.. فيضمن الدافع؛

وَإِن مِمَّا لَا يُقسمُ.. حفظَه أَحدُهمَا بِإِذنِ الآخرِ إِجْمَاعاً.

وَإِن نهى عَن دَفعِهَا إِلَى عِيَالِهِ فَدفَع إِلَى مَن لَهُ مِنْهُ بُدٌّ.. ضَمِنَ.

وإِنْ إِلَى مَن لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ؛ كدفع الدَّابَّةِ إِلَى عَبدِهِ، وَشَيْءٍ يحفظُهُ النِّسَاءُ إِلَى زَوجتِهِ.. لَا يَضمَنُ.

لكونه متعدياً، لا القابض؛ لأنه مودع المودع عنده، ومودع المودع لا يضمن عنده ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها، على ما في آخر وديعة «البزازية».

بخلاف ما لا يقسم؛ لأنه لما أودعهما، ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار، وأمكنهما المهايأة.. كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال.

وفي «العناية» عن «المبسوط»: قول أبي حنيفة أقيس؛ لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد.

(وإن) كانت الوديعة (مما لا يقسم)، وهو الذي يتعيب بالتفريق الحسي؛ كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق والحمام والرحى (.. **حفظه أحدهما بإذن الآخر إجماعاً**)؛ لما ذكرناه.

(وإن نهى) المالك (عن دفعها)؛ أي: دفع المودع الوديعة (إلى عياله)، وقد ذكرنا تفسير العيال.

(فدفع إلى من له)؛ أي: للمودع (منه بد)؛ أي: افتراق؛ بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة، وله امرأة أخرى، أو نهى أن يدفعها إلى غلامه فلان وله غلام آخر، فخالفه فدفعه إليه (.. ضمن)؛ لأن الشرط مفيد؛ فإن من العيال من لا يؤتمن على المال، وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط.. فاعتبر.

(وإن) دفع (إلى من لا بد له منه؛ كدفع الدابة إلى عبده)، ولا عبد له غيره (وشيءٍ) عطف على الدابة؛ أي: كدفع شيء (يحفظه النساء) كعقد اللؤلؤ (إلى زوجته.. لا يضمن) بالدفع إليه وإن نهاه المالك عنه؛ لأنه لا يمكنه الحفظ بدونه.. فلا يعتبر النهي عنه.

وَإِن أَمرَ بحفظِها فِي بَيتٍ معيَّنٍ مِن دَارٍ، فحفظَها فِي غَيرِهِ مِنْهَا.. لَا يضمنُ، إِلّا إِذا كَانَ فِيهِ خَلَلٌ ظَاهِرٌ.

وإِنْ أَمرَ بحفظِها فِي دَارٍ، فحفظَ فِي غَيرِهَا.. ضَمِنَ.

(وإن أمر بحفظها)؛ أي: الوديعة (في بيت معين من دار، فحفظها في غيره منها)؛ أي: من تلك الدار (.. لا يضمن)؛ لأن بيوت دار واحدة لا تتفاوت.. فلا فائدة في التعيين.

(إلا إذا كان فيه)؛ أي: في ذلك البيت (خلل ظاهر) لا يؤتمن على حفظها فيه.. فحينئذٍ يعتبر التعيين، فيضمن بالمخالفة.

(وإن أمر بحفظها في دار فحفظ في غيرها.. ضمن)؛ لأن الدارين قد تتفاوت حفظاً، فيعتبر التقييد.

قال في «قاضي خان»: رجل أودع وديعة، وقال للمودع: لا تضع وديعتي في حانوتك؛ فإنه مخوف، فوضع في الحانوت، فسرقت الوديعة في الليل.. قال [٤٤٥/ب] الفقيه أبو جعفر: إن لم يكن منزله أحرز من الحانوت، وليس له مكان آخر أحرز من الحانوت.. فلا ضمان عليه.

وإن كان غير ذلك.. يكون ضامناً.

ولو دفع بضاعة وقال المستبضع: ضعها في هذا العِدل، فوضعها في الحقيبة، فضاع.. ضمن.

وإن قال: ضعها في الجوالق من غير إشارة، فوضعها في الحقيبة.. لا يضمن. انتهى.

وذكر قبل هذا: رجل أودع عند إنسان وديعة، وقال في السر: من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة، فجاء رجل وبيّن تلك العلامة، فلم يصدقها المودع حتى هلكت الوديعة عنده.. قال أبو القاسم: لا ضمان على المودع. انتهى.

فعلم منه: أنه لو قال المالك: طلبتها منك برسولي ومنعتها منه، وقال المودع:

من طلبها أجنبي ليس برسولك، فلم أدفعها إليه.. فالقول قول المودع في إنكار رسالته.

وكذا لو قال: أمرتني بدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، وأنكر المالك دفعه إلى فلان.. فالقول للمودع.

إلا إن كذبه المالك في الأمر بالدفع.. فحينئذٍ القول للمالك.

ولنذكر بعض ما يصدق فيه المودع وما لا يصدق.. ففي «الفصولين»: ادعى المودع الرد أو الهلاك، وادعى رب الوديعة الإتلاف.. فالقول للمودع، ولو برهنا.. قيل: تقبل بينة المودع أيضاً.

وقيل: تقبل بينة المالك؛ لأنها تثبت الضمان.

ولو ادعى المودع دفعها إلى أجنبي للضرورة لحرق ونحوه.. لا يصدق إلا ببينة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي «العدة»: لو عُلِم وقعُ الحريق في بيته.. قبل قوله، وإلا.. فلا.

ولو قال المودع: أودعتها عند أجنبي، ثم ردّها علي فهلكت عندي، وكذبه المالك.. ضمن المودع، إلا أن يبرهن؛ لأنه أقر بوجوب الضمان عليه، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق إلا ببينة.

وكذا: لو قال: بعثت به إليك مع أجنبي، والمودع ينكر ذلك.

وكذا: لو دفعها إلى رسول المالك، فأنكر المودع الرسالة.. ضمن المودع، والقول قول المالك، ولم يرجع المودع على الرسول إن صدقه أنه رسول المودع، ولم يضمن له ضمان الدرك.

إلا أن يكون المدفوع قائماً.. فيرجع به.

ولو قال: رددتها إليك على يدي، أو على يد من في عيالي، وكذبه المالك.. فالقول قول المودع مع يمينه؛ لأن حاصل الاختلاف: في وجوب الضمان، وهو

وَلَو أَودعَ الْمُودَعُ فَهَلَكت.. ضَمِنَ الأَوَّلُ فَقَط.

وَعِنْدَهُمَا: ضَمَّنَ أياً شَاءَ.

ينكر.. فيكون القول قوله.

بخلاف ما لو قال: بعثت بها على يد [٤٤٦/أ] أجنبي؛ لأنه أقر ثمة بوجوب الضمان، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق إلا ببينة.

وكذلك لو أقر المودع أنه استعملها، ثم ردها إلى مكانها فهلكت.. لا يصدق في الرد إلا ببينة؛ لأنه أقر بوجوب الضمان، ثم ادعى البراءة.. فلا يصدق بدون البينة.

والحاصل: أن المودع إذا خالف في الوديعة بما يوجب الضمان، ثم ادعى العود إلى الوفاق.. إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود، وإلا.. فلا يبرأ بدون البينة على العود.

بخلاف ما لو أقر بعد الإنكار أو بعد الرد.. فإنه لا يبرأ فيهما بإقامة البينة، ما لم يدفعها إلى المالك، على ما تقدم.

وهل للمولى أن يأخذ وديعة عبده؟

ففي «البزازية»: ليس للمالك أن يأخذ وديعة عبده؛ مأذوناً أم لا، ما لم يحضر العبد معه ويظهر أنه من كسبه؛ لاحتمال أن تكون وديعة الغير في يد العبد؛ فإن برهن أنه للعبد.. يدفع إليه. انتهى.

فعلم منه: أن المودع لو دفع وديعة العبد إلى مولاه بغير أمره؛ فإن كانت الوديعة للعبد نفسه.. لا يضمن المودع، وإن لغيره وديعة عنده.. يضمن.

(ولو أودع المودع) بغير إذن المالك (فهلكت) الوديعة (.. ضمن الأول فقط) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: ضَمَّن) أي: المالك (أياً شاء) من المودع الأول والثاني، وقد ذكرنا وجه الطرفين عند قوله: «لو أودعها، ثم استردها».

فَإِن ضمَّنَ الثَّانِيَ.. رَجَعَ على الأَوَّلِ، لَا بِالْعَكْسِ.

وَلَو أَودعَ الْغَاصِبَ.. ضمّنَ أَيّاً شَاءَ إِجْمَاعاً.

وَلَو أَودعَ عِنْدَ عبدٍ مَحْجُورٍ شَيْئاً، فأتلفَهُ.. ضمنَهُ بعدَ عتقِهِ.

(فإن ضَمَّن الثاني.. رجع على الأول)؛ لأنه مغرور من جهته.

(لا بالعكس)؛ أي: لو ضمن الأول.. لا يرجع على الثاني؛ لأن الأول ملكه بالضمان مستنداً، فعلم أنه أودع ملك نفسه.. فلا يرجع.

(ولو أودع الغاصب.. ضَمَّن) من التضمين؛ أي: ضمن المغصوب منه (أياً شاء) من الغاصب والمودع.

أما الغاصب: فظاهر؛ لأنه متعد.

وأما مودعه: فلقبضه منه بلا رضاء مالكه.

ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب.. يرجع على الغاصب قولاً واحداً.

وإن علم.. فكذلك في ظاهر الرواية.

وحكى أبو اليسر: أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة، كذا في «الزيلعي».

(إجماعاً)؛ أما عندهما: فلما مر في مودع المودع.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن مودع الغاصب مثل الغاصب وغاصب الغاصب ومشتري الغاصب في التلقي بملك الغير بغير إذنه ابتداء، فكذا بقاء؛ يعني: أن مودع الغاصب وغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب: مثل الغاصب في لزوم الضمان، إلا أن كلًّا منهم لما كان مغروراً من جهة الغاصب، عاملاً له.. كان له أن يرجع على الغاصب [٤٤٦/ب] بما لحقه من العهدة من جهته.

(ولو أودع) حرّ (عند عبد محجور شيئاً، فأتلفه) العبد (.. ضمَّنه) من التضمين (بعد عتقه) عند أبي حنيفة ومحمد.

قال في الفصل الثالث من «العمادية»: إذا شهد شاهدان على عبد محجور

وَإِن عِنْدَ صبيٍّ، ....

بغصب اغتصبه أو بوديعة استهلكها وشهدا على إقراره بذلك، وشهدا عليه ببيع أو إجارة أو شراء، وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب.. لا تقبل تلك الشهادة على المولى، حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد، وتقبل على العبد، ويقضى عليه، ويؤاخذ العبد بها بعد العتق.

وإن كان المولى حاضراً مع العبد؛ فإن ادعى المدعي استهلاك مال أو غصب مال.. فالقاضي يقضي على المولى.

وإن ادعى استهلاك وديعة أو استهلاك بضاعة على العبد المحجور.. فعندهما: لا تسمع هذه البينة على المولى، وتسمع على العبد، ويؤاخذ به بعد العتق.

وعند أبي يوسف: تسمع البينة على المولى.

وإن شهدوا على إقرار العبد بذلك.. لا يقضى على المولى؛ سواء أكان حاضراً أو غائباً. انتهى.

هذا في العبد المحجور.

وأما إذا شهدا على عبد مأذون له في التجارة وأخذ الودائع بشيء من الغصب، أو استهلاك الوديعة، أو الإقرار بهما، أو البيع والإجارة والشراء، وأنكر العبد ذلك.. قبلت على المولى؛ حاضراً كان المولى أو غائباً.

ولا يشترط حضوره، على ما في «العمادية» أيضاً.

ولهذا قيدنا العبد بالمحجور.

(وإن) أودع (عند صبي) عاقل محجور عليه.

قيدناه بالعاقل: لأن الصبي الغير العاقل.. لا يضمن بالاتفاق.

وقيدناه بالمحجور: لأن الصبي الذي أذن له أبوه أو وصي أبيه في التجارة وأخذِ الودائع.. بمنزلة العبد المأذون له، حتى إذا شهد الشهود عليه بما يوجب

فأَتلفَهُ.. فَلَا ضَمَانَ أصلاً.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يضمنَانِ للْحَالِ.

الضمان.. قبلت شهادتهم عليه؛ سواء كان الذي أذن له حاضراً أو غائباً، فيضمن في الحال.

(**فأتلفه.. فلا ضمان**) عند أبي حنيفة ومحمد (**أصلاً**)؛ أي: لا في الحال، ولا بعد البلوغ.

(**وقال أبو يوسف: يضمنان للحال**)، فيباع العبد.

ولأبي يوسف: أن محجوريتهما في الأقوال فقط، لا في الأفعال.

ولهما: أن المالك استحفظ ممن ليس بأهل التزامِ الحفظ:

أما الصبي: فلم يصح التزامه أصلاً.

وأما العبد: فلم يصح التزامه في حق المولى؛ نظراً له.. فلا يضمن في الحال، وصح في حق نفسه؛ لكونه مكلفاً آدمياً.. فيضمن بعد العتق.

وفي «الحقائق»: العبد يشمل: المدبر، وأم الولد، والمكاتب.. فيضمن في الحال.

وفي «شرح المجمع»: وعلى هذا [٤٤٧/أ] الخلاف: الإقراض والإعارة.

قال في «العمادية» نقلاً عن الخصاف: لو ادعى على صبي محجور عليه مالاً بالاستهلاك أو بالغصب؛ فإن قال المدعي: لي بينة حاضرة.. تسمع دعواه، ويشترط حضرة الصغير؛ لأن الصبي مؤاخذ بأفعاله، والشهود محتاجون إلى الإشارة، لكن يحضر معه أبوه أو وصيه؛ حتى إذا لزم الصغير بشيء.. يؤدي عنه أبوه من مال الصغير.

وإن لم يكن له أب ولا وصي، وطلب المدعي من القاضي أن ينصب له وصياً.. أجابه القاضي إلى ذلك.

لكن يشترط حضرة الصغير عند نصب الوصي.

وإِنْ دفعَ العَبْدُ الْوَدِيعَةَ إِلَى مثلِهِ، فَهَلَكتْ.. ضَمَّنَ الأَوَّلُ بعدَ الْعِتْقِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: ضمّنَ أَيَّهمَا شَاءَ للْحَالِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِن ضَمَّنَ الأَوَّلَ.. فَبعدَ الْعِتْقِ.

وإِنْ ضمّنَ الثَّانِيَ.. فللحالِ.

وقال بعض المتأخرين: حضرة الصغير عند الدعاوى شرط؛ سواء كان الصغير مدعياً أو مدعى عليه.

والصحيح: أنه لا يشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعاوى، كذا في «المحيط».

وذكر رشيد الدين: لا يشترط حضرة الصبي عند نصب الوصي، بل يشترط أن يكون القاضي عالماً بوجود الصبي، وأن يكون الصبي في ولايته.

ولكن المختار: أنه يشترط حضرته عند الدعوى.

(**وإن دفع العبد**) المحجور (**الوديعة**) الموضوعة عنده (**إلى مثله**)؛ أي: عبد محجور آخر (**فهلكت**) الوديعة عند الثاني (.. **ضُمِّنَ**) من التضمين (**الأول بعد العتق**) عند أبي حنيفة؛ لأن الثاني مودع المودع.. فلا ضمان عليه عنده، على ما سبق.

(**وعند أبي يوسف: ضَمَّن أيهما شاء للحال**).

أما الأول: فلأنه متلف بالدفع إلى الثاني.

وأما الثاني: فلأنه مودع المودع وهو ضامن عنده في الحال، على ما تقدم.

وإن أعتق الثاني أولاً وضمنه.. رجع على الأول، وإن أعتق الأول أولاً وضمنه.. لم يرجع على الثاني أصلاً، على ما في «شرح المجمع».

(**وعند محمد إن ضمن الأول.. فبعد العتق، وإن ضمن الثاني.. فللحال**)؛ لأن ضمانه ضمان فعل؛ لقبضه ملك غيره بغير إذنه.. فلزمه في الحال.

وَمَن مَعَهُ أَلفٌ، فَادّعى كلٌّ مِنِ اثْنَيْنِ إِيداعَها عِنْدَه، فنكلَ.. لَهما وَضَمِنَ لَهما مثلَهَا.

(ومن معه ألف فادعى كل من اثنين إيداعها عنده فنكل لهما).. فهي لهما، (وضمن لهما مثلها)؛ لأن دعوى كل منهما صحت، فتوجهت لهما اليمين على المنكر، فيحلف لهما القاضي كلًّا بانفراده؛ لأن كلًّا منهما ادعاه بانفراده، ويبدأ بأيهما شاء؛ لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية.

ولو تشاحا.. أقرع بينهما، كذا في «الهداية».

والمسألة على أربعة أوجه: لأنه إما أن يحلف لهما، أو يحلف للأول وينكل للثاني، أو بالعكس، أو ينكل لهما.

فإن حلف لكل منهما.. فلا شيء لهما؛ لعدم الحجة.

وإن حلف للأول ونكل للثاني.. فالألف للثاني ببذله أو إقراره [٤٤٧/ب] على الخلاف المعروف بين الإمام وصاحبيه: أن اليمين بذل أو إقرار.

وإن عكس.. فالألف للأول، ولا شيء للثاني.

وإن نكل للثاني أيضاً.. فالألف بينهما؛ لأنه أوجب الحق لكل منهما عليه؛ ببذله أو إقراره، وعليه ألف آخر بينهما؛ لأن نكوله أوجب لكل منهما كل الألف؛ كأن ليس معه غيره؛ فإذا صرفه إليها.. فقد صرف نصيب هذا إلى ذلك، ونصف نصيب ذاك إلى هذا، فيغرم ذلك. والله أعلم.

* * *

(كتاب العارية)

(كتابُ الْعَارِيةِ)

هِيَ: تمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ بِلَا بدلٍ.

(كِتَابُ العَارِيَة)

قيل: هي مشتقة من التعاور؛ بمعنى: التناوب، فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه، على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء.

واختلف في تعريفه، قال عامة الفقهاء: (**هي تمليك منفعة بلا بدل**).

احترز بقوله: «منفعة» عن الهبة.

وبقوله: «بلا بدل» عن الإجارة.

وقال الكرخي - وهو المروي عن الشافعي -: هي إباحة الانتفاع بملك الغير؛ لأنها تنعقد بلفظ الإباحة، ولا يشترط فيها ضرب المدة، والنهي يعمل فيها، ولا يملك الإجارة من غيره، وكل ذلك: يدل على أنها إباحة لا تمليك؛ لأن التمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة، ولا بد له من ضرب المدة؛ لأن تمليك المجهول لا يصح، ولا يعلم إلا بضرب المدة.

وأن المملك لا يملك النهي؛ كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع بالمستأجر.

بخلاف المعير؛ فإنه يملك النهي عن الاستعمال، ولو كان تمليكاً.. لما ملكه.

وإن المستأجر يملك أن يؤجر العين المستأجرة؛ لتملكه منافعها، بخلاف المستعير.. فإنه لا يملك الإجارة.

فلو كانت الإعارة تمليكاً.. لجاز له ذلك.

وقالت العامة: إنها تنبئ عن التمليك؛ فإن العارية مشتقة من العرية، وهي: العطية، وهي تمليك، ولهذا تنعقد بلفظ التمليك؛ مثل أن يقول: ملكتك منفعة داري هذه شهراً.

وَلَا تكونُ إِلّا فِيمَا يُنْتَفعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عينهِ.

وإِعارةُ المكيلِ، ....

فإن قيل: المنافع أعراض، والأعراض لا تبقى، فلا يقبل التمليك.

قلنا: بعد تسليم عدم بقاء الأعراض: إن المنافع قابلة للملك والتملك، بعوض وبغير عوض؛ كالأعيان، والجامع بينهما: دفع حاجة الناس؛ لأنها إنما شرعت لدفع حاجة الناس.

فإن قيل: قد تقرر في محله: أن التعريف لا يعلل؛ فكيف يصح ما ذكره العامة على تعريفهم المذكور؛ لأنه من قبيل الاستدلال على التعريف؟

قلنا: إن تعريفهم المذكور:

إن كان تعريفاً لفظياً.. فلا نسلم أنه لا يقبل التعليل، كيف وإنه من المطالب التصديقية، على ما بُيِّن في محله.

وإن كان حقيقياً.. يجوز أن يكون [٤٤٨/أ] ما ذكروه بياناً لوجه المناسبة بينه وبين معناه اللغوي، لا استدلالاً، ويجوز أن يكون بياناً لخواص يعرف بها المعرف لا استدلالاً، والجهالة في العارية لا تفضي إلى المنازعة؛ لعدم اللزوم.. فلا تحتاج إلى ضرب المدة، والممنوع: هي الجهالة المفضية إلى المنازعة، وعمل النهي فيها ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك، بل من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد، وله ذلك؛ لكونها عقداً غير لازم، وإنما لا يملك الإجارة؛ لدفع زيادة الضرر، لا لعدم التمليك فيها.

(**ولا تكون**)؛ أي: الإعارة (**إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه**)؛ كالثوب والدابة.

هذا شروع في بيان شرطها بعد ذكر تعريفها.

فشرطها: هو إمكان الانتفاع مع بقاء العين؛ سواء كان مشاعاً أو لا؛ لأن إعارة المشاع جائز، كما صرح في «العمادية» وغيرها.

(**وإعارة المكيل**) كالبر والشعير ونحوهما.

وَالْمَوْزُونِ، والمعدود، قرضٌ إِلّا إِنْ عيَّنَ انتفاعاً يُمكِنُ ردُّ الْعَينِ بعدَهُ.

وَتَصِحُّ بأعرْتُكَ، ومَنَحْتُكَ، وأَطعمْتُكَ أَرضي، ....

(والموزون) كالدراهم والدنانير وغيرهما من الموزونات.

(والمعدود: قرض) في المعنى؛ لأن الانتفاع بها لا يمكن إلا باستهلاك عينها، ولا يملك الاستهلاك إلا بتمليكها، وذلك لا يكون إلا بالهبة أو القرض، والقرض: أدناهما ضرراً، فيحمل عليه.

(إلا إن عين انتفاعاً يمكن رد العين بعده)؛ أي: بعد الانتفاع؛ مثل: أن يعيرها؛ لأن يزين بها دكانه، أو يعاير بها ميزانه.. فإنه حينئذ يكون عارية لا قرضاً؛ لإمكان رد العين بعد الانتفاع بها.

قال في «البزازية» مفرعاً على هذا الشرط: فإذا قال: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها.. يضمنه، ويكون قرضاً، إلا إذا كان بينهما بسوطة تدل على الإباحة.

(وتصح)؛ أي: الإعارة (بأعرتك)؛ لأنه صريح فيها، (ومنحتك) ثوبي هذا أو جاريتي هذه؛ إذا لم يرد به الهبة؛ فإن المنح: لتمليك العين عرفاً.

وعند عدم إرادته: يحمل على تمليك المنفعة.

وتحقيقه: أن المنح في أصله: أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها، ثم ترد إليه، ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيئاً: منح؛ فإذا [أراد به][1] الهبة.. أفاد ملك العين، وإلا.. بقي على أصل وضعه، فسقط ما توهم أنه إذا كان حقيقة عرفية في تمليك العين، فلا يحتاج إلى إرادته؛ لأن حقيقة اللفظ مستغنية عن النية.

(وأطعمتك أرضي)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه.. يراد به أكل غلتها مجازاً، بعلاقة [٤٤٨/ب] الحالّيّة والمحلية.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٥/٨٤).

وحَمَلْتُكَ على دَابَّتي، وأَخدمْتُكَ عَبدِي.. إِذا لَم يُرِدَ بذلكَ الْهِبَةَ.
وداري لَكَ سُكْنى، أَو عُمرى سُكْنى.
وللمعيرِ أَنْ يرجعَ فِيهَا مَتى شَاءَ.

(**وحملتك على دابتي**)؛ أي: إذا لم يرد به الهبة؛ لأنه مستعمل فيها عرفاً؛ كما يقال: حمل الأمير فلاناً على الفرس.. يراد به: الهبة. وفي العارية أيضاً لغة؛ لأنه في اللغة الإركاب؛ فإذا استعمل فيها.. صحت نيته، وإن لم تكن له نية.. يحمل على الأدنى وهو العارية.

(**وأخدمتك عبدي**)؛ لأنه يراد به العارية؛ لأنه إذن له في الاستخدام؛ (**إذا لم يرد بذلك الهبة**).

والذي ظهر منه: أن ذلك إشارة إلى الأخير، لكن مقتضى ما صرح في «الهداية» و«الزيلعي» وغيرهما: أن يكون ذلك إشارة إلى منحتك وحملتك.

(**وداري لك سكنى، أو**) داري لك (**عمرى سكنىً**)[1]؛ لأن قوله: «داري لك» يحتمل أمرين، وقوله: «سكنى» محكم في إرادة منفعة السكنى.. فيحمل عليه.

(**وللمعير أن يرجع فيها متى شاء**)؛ لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها، فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث.. فله ذلك.

أطلقه؛ فأشار إلى أن له الرجوع، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة.

قال في «البزازية»: وللمعير أن يرجع في العارية، أطلق أو وقَّت؛ لأنها غير لازمة؛ فإذا رجع وطلبها، فلم يردها المستعير عليه حتى هلكت.. يضمن.

ولو قال: دعها عندي، فتركها وهلكت.. لا يضمن.

---

(١) قال في «الدر المختار» (٥/٦٧٨): «داري» مبتدأ، «لك» خبر «سكنى» تمييز؛ أي: بطريق السكنى «وعُمْرى» مفعول مطلق؛ أي: أعمرتها لك عمرى «سكنى» تمييزه؛ أي: جعلت سكناها لك مدَّة عمرك.

وَلَو هَلَكَتْ بِلَا تعدٍّ.. فَلَا ضَمَانَ.

طلبها، فقال: أدفع، ومضى شهر حتى هلك؛ إن كان عاجزاً وقت الطلب من الرد.. لا يضمن، وإن قادراً؛ إن أظهر المعير الكراهة والسخط في الإمساك وأمسك.. يضمن، وكذا: إن سكت.

وإن صرح بالرضاء بأن قال: لا بأس في إمساكه.. لا يضمن.

وإن لم يطلب، وهو لم يرده حتى ضاعت؛ إن كانت العارية مطلقة.. لا يضمن، وإن قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يرده.. يضمن.

وكذا لو كانت مقيدة؛ بأن استعار قدوماً لكسر الحطب، فكسَّرَ ولم يرده حتى ضاع.. ضمن.

استعار كتاباً فضاع، فجاء مالكه، فلم يخبره بالضياع، إن لم يكن آيساً من وجوده.. لا ضمان عليه.

وإن آيساً من وجوده.. ضمن.

قال صدر الشهيد: هذا التفصيل خلاف ظاهر الرواية؛ فإنه إذا وعده الرد، ثم ادعى الضياع.. يضمن؛ للتناقض إذا كان دعوى الضياع قبل الوعد، وبه يفتى.

ولو ردها بيد أجيره أو عبده.. يبرأ عن الضمان.

ولو ردها إلى عبد رب الدابة، أو أجيره، أو من في عياله.. يبرأ، لكنه إن كان عبد رب الدابة عبده الذي يقوم على الدابة.. يبرأ قياساً [٤٤٩/أ] واستحساناً.

وإن كان لا يقوم عليها.. يبرأ استحساناً.

(ولو هلكت) المستعار أو نقصت بالتعيب **(بلا تعد.. فلا ضمان)**؛ لأنه أمانة، فلا تضمن بلا تعد.

قال الشافعي: تضمن إذا هلكت في غير حالة الاستعمال، ولو بلا تعد؛ لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق، فيضمنه، والإذن إنما يثبت لضرورة الانتفاع

بها.. فلا يظهر فيما وراء الاستعمال، ولهذا كان واجب الرد، فصار كالمقبوض على سوم الشراء.

قلنا: إن الضمان؛ إما أن يجب: بالعقد، أو بالقبض، أو بالإذن، وليس شيء يوجب الضمان:

أما العقد: فلأن اللفظ الذي ينعقد به العارية.. لا ينبئ عن التزام الضمان أصلاً؛ لأنه تمليك المنافع بغير عوض، أو إباحتها على الخلاف الذي ذكرناه من قبل، وما وضع لتمليك المنافع: لا يتعرض فيه للعين، حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض: فلأنه إنما يوجب الضمان إذا وقع تعدياً، وليس كذلك؛ لكونه مأذوناً فيه.

وأما الإذن: فلأن إضافة الضمان إليه في الوضع؛ لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان، فكيف يضاف إليه، والإذن من المالك وإن لم يثبت إلا لأجل الانتفاع بها.. إلا أن قبضه أيضاً لم يكن إلا للانتفاع منها أيضاً، فلم يكن ثمة تعدّ، ولا ضمان بدونه، ووجوب الرد لا يدل على أنه مضمون؛ لأنه إنما وجب رده لمؤنة القبض الحاصل؛ كنفقة المستعار، لا لوجوب الضمان عليه.

والمقبوض على سوم الشراء: مضمون بالعقد لا بالقبض؛ لأن المأخوذ بالعقد له حكم العقد، فكان العقد فيه موجوداً حكماً؛ صيانة لأموال الناس.. فصار مضموناً بالعقد، وليس في الإعارة عقد يوجب الضمان: حقيقة ولا حكماً، وإنما الموجود فيها: هو عقد الإعارة، وهو لا يوجب الضمان على ما ذكرناه.

قيده بعدم التعدي؛ لأنه لو هلك بالتعدي.. يضمن.

وكذا: لو نقص بالتعدي.. يضمن النقصان، على ما ذكره في ضمان العارية من ضمانات «العمادية»؛ حيث قال نقلاً عن «فتاوى الديناري»: إذا انتقص العين

وَلَا تؤَجَّرُ وَلَا تُرهَنُ؛ كَالْوَدِيعَةِ.

المستعار في حالة الاستعمال.. لا يجب الضمان بسبب النقصان إذا استعمله استعمالاً معهوداً. انتهى.

فإنه يدل: على أنه [إذا] استعمله استعمالاً غير معهود.. يجب الضمان بسبب النقصان.

وهل يضمن بشرط الضمان؟

ففي «الأشباه»: إن العارية إذا اشترط فيها الضمان على [٤٤٩/ب] المستعير.. تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره «الزيلعي»، وجزم به في «الجوهرة»، ولم يقل: «في رواية»، ولكن نقل بعده فرع «البزازية» عن «الينابيع»، ثم قال: في الوديعة والعين المؤجرة.. لا يضمنان بحال.

وقال في «البزازية»: قال أعرني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن له، فأعاره، فضاع.. لم يضمن. انتهى.

أي ضاع بلا تعدّ.

(ولا تؤجر) العارية؛ لأن الإجارة فوقها، والشيء لا يتضمن فوقه.. فلا يشملها اللفظ، ولأنا لو صححناها؛ فإمّا أن يكون لازماً، أو غير لازم، وكلاهما: باطل.

أما الثاني: فلأنه خلاف مقتضى الإجارة؛ فإنه عقد لازم.

وأما الأول: فلأنه حينئذ يكون بتسليط المعير، ومن مقتضيات عقد الإعارة، فلا يقدر المعير على الاسترداد إلى انقضاء وقت الإجارة؛ ليكون عقد الإعارة لازماً، وهو خلاف مقتضاه أيضاً، وفيه زيادة ضرر بالمعير أيضاً، فأبطلناه.

وإذا كانت باطلة.. كان بالتسليم غاصباً، فيضمن حين سلم بالإجارة، والمعير مخير؛ يضمن أيهما شاء، على ما سيأتي ذكره.

(ولا ترهن كالوديعة)؛ لأن الرهن إيفاء، وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه، ولأن فيه ضرراً؛ لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن.. فصار كالإجارة.

واختلفوا في إيداعها:

قال بعض مشايخنا: ليس للمستعير أن يودع العارية مطلقاً، واختاره الكرخي؛ مستدلاً بمسألة «الجامع الصغير»: أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي، فهلكت في يد الرسول.. ضمن المستعير العارية، وليس ذلك الإيداع منه.

قال الباقلاني: هذا القول أصح؛ لأن الإيداع تصرف في ملك الغير - وهو المعير - بغير إذنه قصداً.

بخلاف الإعارة؛ لأنها تصرف في المنفعة قصداً، وتسليم العين من ضروراته.. فافترقا.

وقال بعض مشايخنا: له أن يودع العارية؛ لأنها دون الإعارة؛ فإذا جاز إعارته.. فإيداعه أولى، به أخذ الفقيه والصدر الشهيد.

وقيل: وعليه الفتوى، ونسبه الزيلعي إلى الأكثر.

ولقائل أن يقول: إنما جاز له أن يعير المستعار؛ لأنه مأذون من جهة المعير له؛ لإطلاق الإذن بالانتفاع به، ومثل هذا الإذن مفقود في الإيداع.. فهو باق على أصل الحجر، فليس له أن يودع.

فإن قيل: إنه إذا أعاره.. فقد أودعه؛ لتضمنه له.

قلنا: الإيداع في ذلك ثبت ضمناً وتبعاً لا قصداً، والشيء [٤٥٠/أ] قد يثبت ضمناً، ولا يثبت قصداً وصريحاً؛ ألا ترى أن بيع حمل الجارية تبعاً لأمها: صحيح، ولا يصح بيعها قصداً وصريحاً.

وقد ثبت: أنه لا معتبر بالضمنيات، ولهذا اختار شيخ الإسلام في «واقعاته» القول الأول، وقال: ليس للمستعير أن يودع عند غيره؛ لأنها أمانة في يده كالوديعة.

وقال بعض مشايخنا: له ذلك.

ولكن الأصح: هو الأول.

فَإِنْ آجرَها فَتلفَتْ.. ضَمَّنَ أَيَّهمَا شَاءَ.

فَإِن ضمّنَ الْمُؤَجِّرَ.. لَا يرجعُ على أَحدٍ.

وَإِن ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجرَ.. رَجَعَ على الْمُؤَجِّرِ إِنْ لم يعلم أَنَّهُ عَارِيَةٌ.

وَلهُ أَن يُعيرَ مَا لَا يخْتَلفُ باخْتلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ؛ كالحَمْلِ على الدَّابَّةِ.

لَا مَا يخْتَلفُ كالركوبِ إِن عيّنَ مُسْتَعْمِلاً.

(**فإن آجرها فتلفت.. ضَمَّن**) من التضمين؛ أي: ضمن المعير (**أيهما شاء**) من المستعير والمستأجر؛ لأن المستعير صار غاصباً بالتسليم إلى المستأجر بغير إذن المعير، والمستأجر صار قابضاً لملك الغير بغير إذنه.. فتحقق في كل منهما موجب الضمان.

(**فإن ضمن المؤجرَ**)؛ أي: المستعيرَ (**.. لا يرجع**) المؤجر (**على أحد**)؛ لأنه ظهر بالضمان أنه أجر ملك نفسه.

(**وإن ضمن المستأجر.. رجع**) المستأجرُ (**على المؤجر إن لم يعلم أنه عارية**)؛ دفعاً لضرر الغرور من جهته؛ لأنه صار مغروراً من جهته.

وعلى هذا التفصيل: لو رهن المستعير العارية؛ حيث كان للمعير تضمين أيهما شاء: من الراهن والمرتهن؛ فإن ضمن الراهن.. لا يرجع الراهن على أحد، وإن ضمن المرتهن.. يرجع المرتهن على الراهن؛ لما ذكرناه.

(**وله**) أي: للمستعير (**أن يعير ما**)؛ أي: مستعار (**لا يختلف باختلاف المستعمل؛ كالحمل على الدابة**) واستخدام العبد والسكنى والزراعة؛ لأنها تمليك المنافع على ما تقدم، والمالك يملك التمليك؛ كالمستأجر يملك الإيجار، والموصى له بالخدمة يملك الإعارة.

(**لا ما يختلف كالركوب إن عين مستعملاً**)؛ دفعاً لمزيد الضرر عن المعير؛ لأن الناس مختلف في الركوب.

وَإِن لم يعيّنْ.. جَازَ أَيْضاً مَا لم يتَعَيَّنْ.

فَإِن تعيّنَ.. لَا يجوزُ.

فَلَو ركبَ هُوَ.. لَيْسَ لَهُ إركابُ غَيرِهِ.

وإِنْ أركبَ غَيره.. لَيْسَ لَهُ أنْ يركبَ هُوَ.

(**وإن لم يعين.. جاز أيضاً**)؛ أي: كما لا يختلف.

(**ما لم يتعين**) المستعمل بالفعل.

(**فإن تعين.. لا يجوز**).

ثم فرع عليه بقوله: (**فلو ركب هو**)؛ أي: المستعير (**.. ليس له إركاب غيره، وإن أركب غيره.. ليس له أن يركب هو**)؛ لأنه تعين باختيار الفعل، فيكون خلافه تعدياً.. فيضمن.

تفصيل هذا: ما ذكره في ضمانات «العمادية»: قال فيها: هل للمستعير أن يعير؟

إن كان الإعارة مطلقة.. له أن يعير؛ سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به، أو شيئاً لا يتفاوت الناس فيه، حتى أن من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو استعار ثوباً ولم يبين اللابس.. فله أن يعير للركوب واللبس وإن كان الناس يتفاوتون في الركوب [٤٥٠/ب] واللبس.

ولكن إنما يعير لغيره إذا لم يركب أو لم يلبس بنفسه.

أما إذا ركب أو لبس بنفسه.. فقد اختلف المشايخ فيه:

قيل: ليس له أن يعير، ولو أعار.. يضمن، وهو اختيار فخر الإسلام.

وقال بعضهم: له أن يعير، ولو أعار.. لا يضمن، وهو اختيار شيخ الإسلام أبي بكر، وشمس الأئمة السرخسي.

وكذلك في الابتداء: لو أركب غيره أو ألبس غيره، ثم أراد أن يركب بنفسه، أو يلبس بنفسه.. ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا.

وَإِن قُيِّدَ بِنَوْعٍ أَو وَقتٍ أَو بهما.. ضَمِنَ بِالْخِلَافِ إِلَى شَرٍّ فَقَط.
وإِنْ أَطلقَ فيهمَا.. فَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِأَيِّ نوعٍ شَاءَ، فِي أيِّ وَقتٍ شَاءَ.

هذا إذا كانت الإعارة مطلقة.

وإن كانت مقيدة.. كان للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فيه، حتى أن من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه، أو داراً ليسكنها، أو عبداً للخدمة.. فله أن يعير من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون في هذه الأشياء.

ولو استعار ثوباً ليلبسه بنفسه، أو دابة ليركبها بنفسه.. ليس له أن يعير غيره.

ولو أعار شيئاً وقال: لا تدفع إلى غيرك، فدفع، فهلك عنده.. يضمن. انتهى.

(**وإن قيد**) المعير العارية (**بنوع أو وقت أو بهما.. ضمن بالخلاف**)؛ أي: بما سماه من القيد بنوع أو وقت أو بهما.

(**إلى شر فقط**)؛ أي: لا بالخلاف:

إلى مثله؛ كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزاً من هذه الحنطة، فحمّلها قفيزاً من حنطة أخرى مثله.

أو إلى خير منه؛ كما إذا حمل مثل ذلك الحنطة شعيراً. هذا استحسان.

وفي القياس: يضمن؛ لأنه خلاف جنس، وعند اختلاف الجنس.. لا تعتبر المنفعة والضرر.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم؛ إذا باع بألف دينار.. لا ينفذ بيعه.

وجه الاستحسان: أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة؛ إذ مقصوده من التقييد: دفع زيادة الضرر عن دابته، ومثل كيل الحنطة من الشعير: أخف على الدابة.. فهو أنفع.

(**وإن أطلق فيهما**)؛ أي: في النوع والوقت (.. **فله الانتفاع بأي نوع شاء، في أي وقت شاء**).

فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً.. فله أن يَركب ويُركب ويحمل متى شاء؛ لأنه يملك التصرف على الوجه الذي أذن له فيه.

واعلم: أن العارية إذا كانت مؤقتة بوقت، فأمسكها بعد الوقت.. فهو ضامن؛ سواء كانت العارية مؤقتة نصاً، أو دلالة.

حتى أن من استعار قدوماً ليكسر الحطب، فكسَّره، فأمسك حتى هلك.. يضمن؛ لكونها مؤقتة دلالةً.

كذا في «العمادية» نقلاً عن «فتاوى القاضي ظهير».

وفيها أيضاً نقلاً عن «شرح شيخ الإسلام أبي بكر»: إذا لم تكن [٤٥١/أ] العارية مؤقتة، لكنه قال: احمل عليها حنطة، فمكث بنقل الحنطة عليها أياماً.. فلا ضمان عليه؛ لأن العارية مطلقة.

وفي «العدة»: العارية لو كانت مقيدة بالوقت، مطلقة في غيره؛ نحو أن يعيره يوماً.. فهذه العارية مطلقة، إلا في حق الوقت، حتى لو لم يردها بعدما مضى الوقت مع الإمكان.. ضمن إذا هلكت؛ سواء استعملها بعد الوقت، أو لم يستعملها، وهو المختار.

ولو كانت مقيدة بالمكان.. فهي مطلقة إلا من حيث المكان، حتى لو خالف في المكان.. ضمن وإن كان هذا المكان أقرب من المكان المأذون فيه.

وكذا: لو أمسك الدابة في الموضع الذي استعمله ولم يذهب إلى الموضع الذي استعارها فيه.. ضمن.

وفي «الذخيرة»: ولو استعار دابة إلى الليل، وهلكت قبل الليل.. لا يضمن.

وإن هلكت في اليوم الثاني.. ضمن.

قال بعض مشايخنا: إنما يضمن لو امتنع بها في اليوم الثاني، حتى يصير غاصباً؛ أما بدون ذلك.. فلا يضمن؛ كما في المودع إذا أمسك الوديعة بعد انقضاء المدة؛ بأن

قال له المالك: احفظ وديعتي اليوم، فهلكت في اليوم الثاني.. لا يجب الضمان.

ومنهم من قال: يجب الضمان على كل حال.

وإطلاق محمد يدل عليه.

وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

وهؤلاء فرقوا بين العارية والوديعة، والفرق بوجهين:

أحدهما: أن المستعير إنما أمسك العين بعد انقضاء المدة لنفسه؛ لأنه أمسك بقبضه السابق، وقبضه السابق كان لنفسه، فانتهت المدة وهو قابض لنفسه.. فيضمن، ولا كذلك المودع.

والثاني: أن رد المستعار لازم على المستعير بعد انقضاء المدة.. فكأن المالك قال له: رد المستعار علي؛ فإذا لم يرد.. فقد امتنع عن الرد بعد طلب المالك، فيضمن.

ولا كذلك المودع؛ لأن رد الوديعة ليس على المودع، بل هو على المالك.

وفي «فتاوى قاضي ظهير»: استعار دابة إلى موضع كذا.. فله أن يذهب عليها ويجيء ويعيرها من غيره، وإن لم يسمّ لها موضعاً.. ليس له أن يخرج بها من المصر.

وفي «فتاوى رشيد»: لو استعار دابة شهراً.. فهو على المصر.

وكذا: في عارية الخادم واستئجاره.

وكذا: الموصى له بالخدمة.. فهو على المصر.

وفي «الذخيرة»: روى بشر عن أبي يوسف: ضمن استعار دابة أو ثوباً حتى وقع الاستعمال في المصر، ثم خرج بها عن المصر؛ فإن استعملهما.. فهو ضامن.

وإن لم يستعملهما.. ففي الثوب: لا ضمان؛ لأنه حافظ له [٤٥١/ب] خارج المصر، وفي الدابة: يجب الضمان؛ لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف،

فيكون إخراجها تضييعاً لها معنى فيصير ضامناً.

وفي «واقعات اللامتي»: لو هلكت الدابة العارية في يد المستعير؛ فإن كان العقد مطلقاً.. لا يضمن؛ سواء هلك في حالة الاستعمال أو في غيره.

وعند الشافعي: إن هلكت في حالة الاستعمال.. يضمن، وإلا.. فلا.

وإن كانت مؤقتة؛ فإن هلكت في المدة.. فعلى هذا الخلاف.

وإن هلكت بعد مضي المدة.. يضمن في قولهم جميعاً؛ لأنه أمسكها بعد انقضاء المدة بغير إذن المالك، فصار غاصباً.

هذا إذا لم يعين جهة الانتفاع؛ أما إذا عيّن ثم خالف.. فهذا على ثلاثة أوجه:

إما أن خالف في المعنى مع اتحاد الجنس.

أو خالف في الجنس.

أو خالف في القدر.

أما الأول: فهو أن يستعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى.. لم يضمن.

وكذا لو استعار ليحمل عليها من حنطة نفسه، فحمل مثل ذلك من حنطة غيره؛ لأن مثل هذا التقييد لا يفيد.

وأما الثاني: وهو إن خالف في الجنس؛ بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة، فحمل عليها عشرة أقفزة شعير.. ففي القياس: يضمن.

وفي الاستحسان: لا يضمن، على ما ذكرنا وجههما.

وأما الثالث: وهو إن خالف في القدر؛ بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل خمسة عشر مختوماً فهلكت؛ فإن علم أن هذه الدابة لا تطيق حمل هذا القدر.. ضمن كل قيمتها.

وَتَصِحُّ إِعَارَةُ الأَرْضِ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ.

وَله أَن يرجعَ مَتى شَاءَ، ويكلِّفُه قلعَهُما، وَلَا يضمنُ إِن لم يُوَقِّت.

وَإِن وَقَّتَ وَرجعَ قبلَه.. كُرِهَ لَهُ ذَلِك، وَضَمِنَ مَا نَقَصَ بِالْقَلْعِ.

وَقيلَ: يضمنُ قِيمَتَهُ ويتملَّكُهُ.

وإن علم أنها تطيق.. يضمن ثلث قيمتها؛ توزيعاً للضمان على القدر المأذون فيه وغير المأذون فيه.

بخلاف ما إذا أمر إنسان بضرب عبده عشرة أسواط، فضربه أحد عشر سوطاً ومات العبد.. يضمن نصف القيمة؛ لأن المعتبر في القتل عدد الجناية لا عدد الجنايات؛ لأن القليل من الجراحة في القتل: مهلك، والكبير في غير القتل: غير مهلك، فاعتبرنا فيه عدد الجناة.

(وتصح إعارة الأرض للبناء والغرس)؛ لأن منفعتها معلومة، ويجوز الانتفاع بها شرعاً وإجارتها.. فكذا إعارتها، بل هي أولى؛ لكونها تبرعاً.

(وله)؛ أي: للمعير (أن يرجع متى شاء)؛ لأن العارية غير لازمة، فكان له أن يرجع أيَّ وقت شاء.

(ويكلفه)؛ أي: المستعير (قلعهما)؛ أي: قلع البناء والغرس؛ لأنه شاغل أرضه بملكه، فيؤمر بالتفريغ.

(ولا يضمن) المعير قيمة البناء والغرس (إن لم يوقت) [٤٥٢/أ] الإعارة؛ لأنها غير لازمة، فلم يكن غاراً له بالإطلاق.. فلا يضمن.

(وإن وقت ورجع قبله.. كره له ذلك)؛ لما فيه من خلف الوعد.

(وضمن ما نقص) من البناء والغرس (بالقلع)؛ لأنه حينئذ يصير غاراً له بذلك؛ حيث نص على تركها في يده إلى الوقت المذكور، فيكون مغروراً من جهته.. فيضمن بالخلف.

(وقيل: يضمن) المعير للمستعير (قيمته)؛ أي: قيمة غرسه وبنائه، (ويتملكه)؛

وللمستعيرِ قلعُهُ بِلَا تضمينٍ إِنْ لـم تَنقصِ الأَرْضُ بِهِ كثيراً، وَعند ذَلِكَ: الْخِيَارُ لِلْمَالِكِ.

وَإِن أَعارَها للزَّرْعِ.. لَا تُؤْخَذُ مِنْهُ حَتَّى يحصدَ؛ وقّتَ أم لَا.

وَأُجْرَةُ ردِّ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجِرِ والوديعةِ وَالرَّهْنِ وَالْمَغْصُوبِ على الْمُسْتَعِيرِ والمؤجرِ وَالْمُودَعِ وَالْمُرْتَهنِ وَالْغَاصِبِ.

أي: يتملك البناء والغرس. ذكره الحاكم الشهيد.

إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما.. فله ذلك؛ لأنه ملكه، وإليه أشار بقوله: (**وللمستعير قلعه**)؛ أي: قلع البناء والغرس (**بلا تضمين إن لم تنقص الأرض به**)؛ أي: بالقلع (**كثيراً**.

وعند ذلك)؛ أي: عند نقصان الأرض به: (**الخيار للمالك**)؛ فإن شاء.. أبقاه بقيمته مقلوعاً، وإن شاء.. يقلعه ويضمنها ما نقص منه.

(**وإن أعارها للزرع.. لا تؤخذ حتى يحصد**) الزرع، بل تترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل؛ لأن فيه مراعاة الحقين.

(**وقت أم لا**)؛ لأن للزرع نهاية معلومة.. فلا حاجة إلى التوقيت.

بخلاف الغرس والبناء؛ لأنه ليس له نهاية معلومة، فيقلع؛ دفعاً للضرر عن المالك.

(**وأجرة رد المستعار والمستأجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والمؤجر والمودع والمرتهن والغاصب**)؛ لأن مؤنة الرد تجب على من وجب عليه الرد، وهؤلاء قد وجب الرد عليهم؛ لأن المستعير قبضها لمنفعة نفسه، ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت.. ضمن.

فإذا قبضها لمنفعة نفسه.. وجب الرد عليه؛ فإذا وجب الرد عليه.. وجب مؤنته عليه أيضاً.

وكذا: المستأجر قبض العين المستأجرة لمنفعة المؤجر؛ لأن الأجر سلم له، فالرد واجب عليه.. فكذا مؤنته.

وكذا: الوديعة؛ فإن منفعة القبض - وهو الحفظ - حاصلة للمودع، فيجب الرد، ومؤنته عليه.

وكذا الحال: في المغصوب؛ فإن القبض فيه وقع لمنفعة الغاصب.

وأما الرهن: فاختلفت فيه عباراتهم:

ففي «الكنز» و«الدرر»: وقع كما في كلام المصنف: من أن مؤنة رد الرهن على المرتهن.

وعلله في «الزيلعي»: بأن قبض الرهن قبض استيفاء، فكان المرتهن قابضاً لنفسه.. فيجب الرد، ومؤنته عليه أيضاً.

وقال في «البزازية» و«النقاية» و«قاضي خان» و«الخلاصة» [٤٥٢/ب] و«العمادية»: إن مؤنة رد الرهن على الراهن.

قال في «العمادية» نقلاً عن «فتاوى قاضي خان»: استأجر دابة أو عبداً؛ فإن مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب العبد والدابة.

وكذا: مؤنة رد المرهون يكون على الراهن.

وكذا: رد المبيع بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط على المشتري. انتهى.

ورجح في «البحر»: ما ذكره المصنف وقال: فيما ذكره صاحب «الخلاصة» وغيره: أن مؤنة رد المرهون على الراهن.. كلام لا يخفى، وسكت عليه.

وقال في «الأشباه»: مؤنة رد العارية على المستعير، إلا في عارية الرهن.

وفصله في «البحر»: بأن رجلاً أعار شيئاً له حمل ومؤنة ليرهنه، فرهنه المستعير.. قالوا:

وَإِذا ردَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ إِلَى إِصطبل رَبِّهَا، أَو العَبْدَ، أَو الثَّوْبَ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ.. بَرِئَ، بِخِلَافِ الْغَصْبِ والوديعةِ.

وَإِنْ ردَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ عَبدِهِ أَو أجيرِهِ مشاهرةً أَو مسانهةً.. بَرِئَ.

وَكَذَا: إِنْ ردّهَا مَعَ أجِيرِ رَبِّهَا أَو عَبدِهِ؛ يقومُ على الدَّابَّةِ أَو لَا.

إن رد هذه العارية على المعير.. فرقوا بينها وبين غيرها من العواري؛ ففي غيرها من العواري: يكون مؤنة الرد على المستعير، وفيها: على المعير؛ لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها؛ فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن. انتهى.

(**وإذا رد المستعير الدابة إلى إصطبل ربها، أو العبد أو الثوب إلى دار مالكه.. برئ؛ بخلاف الغصب والوديعة**)؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره، والواجب على المودع: هو الرد إلى المالك، لا إلى داره ومن في عياله؛ لأنه لو ارتضى بالرد إلى عياله.. لما أودعها إياه، **هذا استحسان**.

والقياس: أن لا يبرأ المستعير بذلك الرد أيضاً؛ لأنه لم يردها إلى مالكها، ولا إلى وكيل مالكها، بل ضيَّعها تضييعاً.. فيضمن بالهلاك؛ كما في الغصب والوديعة.

ووجه الاستحسان: أن في العارية عرفاً ليس في غيرها، وهو: أن رد العواري إلى دار المالك معتاد؛ كآلة البيت.. فإنه لو ردها إلى المالك لردها المالك إلى المربط، حتى لو استعار عبداً فرده إلى دار مالكه ولم يسلم إليه.. لم يضمن.

ولو استعار عقد لؤلؤ.. لم يردها إلى المعير؛ للعرف في الأول دون الثاني.

(**وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة.. برئ**)؛ لأنها أمانة عنده، وله أن يحفظها على أيديهم، كما في الوديعة.

(**وكذا إن ردها مع أجير ربها**)، إلا رب الدابة، (**أو عبده.. يقوم**)؛ أي: كل من الأجير والعبد (**على الدابة أو لا**)؛ لوجود الرضاء به من المالك.

ألا ترى أنه لو ردها إلى المالك.. فهو يردها إلى أجيره أو إلى عبده.

قيل: لا بد أن يكون الأجير أو العبد ممن يقوم عليها.

بِخِلَاف: الْأَجْنَبِيِّ.

والأجيرِ مياومة.

ورَدِّ شيءٍ نَفِيسٍ إِلَى دَارِ مَالِكِهِ.

والأول: هو الأصح، على ما في «الهداية».

(**بخلاف الأجنبي**) [٤٥٣/أ] (**والأجير مياومة**)؛ حيث يضمن به إن هلك؛ لأنه متعد في الدفع إلى يدهما.

وبخلاف (**رد شيء نفيس**)؛ كعقد لؤلؤ (**إلى دار مالكه**)؛ حيث يضمن به إن هلك؛ لعدم العرف فيه.

بل الواجب فيه: الرد إلى يد مالكه.

وفي قوله: «بخلاف الأجنبي»: إشارة إلى أن المستعير ليس له الإيداع من الأجنبي، وقد تقدم أن المسألة خلافية:

منهم من قال: إن له الإيداع.

ومنهم من قال: ليس له الإيداع.

وكأنه اختار القول الثاني، أو يحمل قوله هذا على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي؛ لأنه بالإمساك بعد المدة يصير متعدياً.

ومما يتفرع على أن العارية مبنية على العرف: ما ذكره في «العمادية»: استعار دابة أو استأجرها ليشيع الجنازة، فركبها، ثم نزل ودفعها إلى إنسان ليصلي صلاة الجنازة، فسرقت.. فلا ضمان على المستعير ولا على المستأجر، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى للعرف.

ولو كان يصلي في الصحراء، فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت.. لا ضمان عليه.

وفي «الذخيرة»: ولو طلب من رجل ثوراً عارية، فقال له المعير: أعطيكه غداً، فلما كان الغد أخذ المستعير الثور بغير إذن صاحبه واستعمله، فعطب الثور.. اختلفوا فيه:

ففي «فتاوى أبي الليث»: أن عليه الضمان.

وفي «مجموع النوازل»: لا ضمان عليه.

استعار من رجل ثوراً يساوي خمسين ليستعمله، فقرنه مع ثور يساوي مائة، فعطب الثور العارية؛ إن كان الناس يفعلون مثل ذلك.. لا يضمن، وإلا.. يضمن.

استعار ثوراً ليكرب أرضاً معينة فكرب أرضاً أخرى غير تلك الأرض.. يضمن لو عطب؛ لأن الأراضي تتفاوت في الكراب باعتبار الرخاوة والصلابة.

وإذا ترك الثور المستعار في المرعى فهلك؛ إن علم أن المعير يرضى بكونه في المرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق.. لا يضمن، وإن لم يعلم بأن كانت العادة مشتركة.. يضمن.

وذكر أبو القاسم: استعار دابة واستعملها، ثم تركها في الجبانة فأكلها الذئب.. ضمن.

وإن كانت الجبانة مسرح هذا البقر للمعير؛ أي: مرعاه، وكان المعير يرضى بكونه فيها وبأن يرعى فيها وحده.. لا يضمن.

وفي «العدة»: استعار ثوراً فاستعمله، ثم فرغ ولم يحل الحبل عن البقر فذهب البقر إلى المسرح فصار الحبل في عنقه، فشده.. ضمن إن عطب.

وإذا ربط الحمار المستعار بحبل فاختنق.. لا يضمن؛ لأن [٤٥٣/ب] العادة أن الحمار يربط بالحبل.

وإذا جعل الدابة المستعارة في المربط، وجعل على الباب خشباً كي لا يخرج الحمار، فسرق:

إن استوثق وثيقة لا يقدر الحمار على الذهاب.. فلا ضمان عليه. الكل في «العمادية».

وَيكْتُبُ مستعيرُ الأَرْضِ للزِّرَاعَة: قد أطعمتَني أَرْضَكَ، لَا «أعَرْتَني».
خلافاً لَهما.

وفي «البزازية»: استعار ثوراً ليكرب أرضه، فكرب أرض غيره.. يضمن؛ لأن الأراضي تختلف ليناً وصعوبة.

وكذا لو أمسكه في منزله ولم يكرب حتى عطب.. ضمن؛ لأنه غير مأذون في الإمساك؛ لعدم الرضاء به، وكذا في الإجارة إذا أمسك ولم يذهب. انتهى.

وهذه المسألة: دليل على أنه قد يصير متعدياً بترك الفعل المأذون فيه: كما يصير متعدياً بخلافه.

وفي «العمادية»: استعار فأساً أو قدوماً ليكسر الحطب في المصنف، فوضعه في بيته حتى هلك من غير تقصيره.. لا يضمن، على ما أفتى به صاحب «المحيط» وقاضيخان.

وقال بعضهم: ينبغي أن يضمن؛ لأنه مأذون بكسر الحطب لا بوضعه في البيت، وبه أفتى الإمام جلال الدين.

وهذا القول بعيد ما ذكره في «البزازية» في مسألة استعارة الثور ليكرب الأرض ولم يكرب وهلك.. يضمن، وينبغي أن يكون في مسألة «البزازية» قولان أيضاً.

(**ويكتب مستعير الأرض للزراعة: «قد أطعمتني أرضك»، لا «أعرتني»**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ حيث قالا: يكتب: «أعرتني أرضك»؛ لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد، والكتابة باللفظ الموضوع له أولى؛ كما في إعارة الثوب والدار؛ فإنه يكتب: «أعرتني الثوب» لا «ألبستني»، ولا «أسكنتني».

ولأبي حنيفة: أن لفظ الإطعام أدل على المقصود، ولأنه يخص الزراعة؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل.. يعرف أن المراد به الاستقلال بالتمكين من الزراعة، بخلاف لفظ الإعارة؛ فإنها تنتظم الزراعة والبناء ونصب الخيم وغيرها.

هذا إذا اختلف المعير والمستعير في الأيام، أو في المكان، أو فيما يحمل على الدابة.. فالقول قول رب الدابة مع يمينه.

ولو تصرف المستعير وادعى أن المعير أذن له، وجحد المعير.. فالقول قول المعير، ويضمن المستعير، إلا إذا أقام بينة على الإذن.

* * *

(كتاب الهبة)

(كتابُ الْهِبَة)

هِيَ: تمْلِيكُ عينٍ ....

(كِتَابُ الهِبَة)

(هي) في الشريعة: (تمليك عين) من أعيان ماله.

وإنما قلنا: «من ماله»؛ لأن الهبة لا تتحقق فيما لا يملكه، حتى لو وهب ما قبضه بالبيع الباطل لا يصح؛ لعدم الملك.

وهل تصح الهبة بالهزل؟

ففي «شرح النقاية» للقهستاني: أنها تصح.

واستدل في «الأشباه» بما قال في «الخلاصة» [٤٥٤/أ] و«البزازية»: رجل قال لآخر على وجه المزاح: هب لي هذا الشيء، فقال الآخر: وهبت، وقال هو: قبلت وسلم إليه.. جاز. انتهى.

وهكذا ذكر هذه المسألة الإمام قاضي خان في «فتاواه»، ثم استدل على جواز هبة المازح بقصة عبد الله بن المبارك، وقال: هذه القصة دليل على ما مر أن هبة المازح جائزة. انتهى.

أقول: لا دلالة في المسألة المذكورة من «الخلاصة» و«البزازية» على جواز الهبة بالهزل والمزاح، وإنما تدل على طلب الهبة، وإنما تجوز بقولهما: وهبت وقبلت، على ما دل عليه قولهما: «فقال الآخر: وهبت، وقال هو: قبلت» كيف قالوا لجواز الهبة هزلاً، مع أنهم قد صرحوا: أن الرضاء شرط في الهبة، والهزل ينافي الرضاء؛ مثل الإكراه، كما بين في الأصول.

فكما لا تجوز هبة المكره؛ لعدم الرضاء.. كذلك لا تجوز هبة المازح؛ لعدم الرضاء.

احترز بقوله: «تمليك عين» عن:

بِلَا عوضٍ.

العارية والإجارة، وهو ظاهر؛ لأنهما تمليك منفعة.

وعن: الوصية أيضاً؛ لأن المتبادر منه هو التمليك حالاً، والوصية تمليك العين بعد الموت.

(بلا عوض)؛ أي: بلا شرط عوض، لا بمعنى: اشتراط عدم العوض، حتى ينتقض التعريف بالهبة بشرط العوض.

احترز به عن: البيع؛ لأنه تمليك عين بعوض.

اعلم: أن الهبة تخالف البيع من جهة العاقدين:

أما من جهة الواهب: فلأن الإيجاب كاف في الهبة، حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان، فوهب ولم يقبل هو.. بر في يمينه لا في البيع؛ فإنه لا يكفي فيه، بل القبول ركن منه.

وأما من جهة الموهوب له: فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض، بخلاف البيع؛ فإن الملك يثبت بمجرد القبول من المشتري بدون القبض، كذا في «العناية».

وهذا صريح في أن القبول ليس بركن ولا شرط في الهبة، وإليه أشار في «الخلاصة»؛ حيث قال: لو قال لآخر: وهبت منك هذا العين، فقبض الموهوب له بحضرة الواهب، ولم يقل: قبلت.. صح.

وهكذا في «البزازية».

ويؤيده أيضاً: ما قالوا: إنه لو وهب الدين من الغريم.. لم يفتقر إلى القبول.

لكنه قال في «الكفاية شرح الهداية»: ركن الهبة: الإيجاب والقبول؛ لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول؛ لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبول.

وإنما يحنث لو حلف أن لا يهب، فوهب ولم يقبل؛ لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له [٤٥٤/ب] وهو الإيجاب، لا القبول؛ لأنه فعل الغير. انتهى.

وَتَصِحُّ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ.

وقال في «القنية» بعلامة القاضي عبد الجبار: إن الهبة لا تصح إلا بقبول بالقول.

وقال في «غاية البيان»: إن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب، وإنه يتم بالمالك، إلا أن القبول شرط ثبوت الملك، لا شرط وجود الهبة.. فصار كما إذا حلف أن لا يقر له بشيء، وأن لا يوصي له بشيء، فأقر وأوصى هو ولم يقبل الآخر.. فإنه يحنث بلا قبول، فكذا هذا.

بخلاف البيع.. فإنه تمليك من الجانبين، فلا يتم إلا بهما. انتهى.

وظاهر عبارة «الهداية» يؤيد ما في «الكفاية» - فإنه قال: وتصح بالإيجاب والقبول؛ لأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول - لأنه ظاهر في كون الإيجاب والقبول ركنين، ولا يمكن أن يقال: المراد بكون القبول ركناً: كونه ركناً في ثبوت الملك بها، لا في وجوبها.. فيرجع إلى ما في «غاية البيان»؛ لأن ركن الشيء قد يطلق عليه الشرط أيضاً؛ لأنه ينافي هذا التوجيه: أن ركنية الإيجاب ليس بهذا المعنى، بل إنه ركن في وجود الهبة، فلا يجوز أن يراد بلفظ الركن هذان المعنيان في حالة واحدة، ولكن يمكن إرجاع ما في «العناية» إلى ما في «غاية البيان».. فالخلاف رجع إلى أنه ركن أو شرط.

وصرح في «الكافي» و«التحفة» كونه ركناً.

وقال بعض المشايخ: الحق: عدم كونه ركناً؛ مستدلاً بما قال أصحابنا: إنه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع.. جاز.

وقول المصنف: (**وتصح بإيجاب وقبول**): ظاهر في ركنية القبول، ويحتمل عدم ركينته؛ لأن أخذ مفهوم الخلاف ليس مذهبنا.. فلا يلزم عدم الصحة بدون القبول، حتى يلزم كونه ركناً.

وتتمُّ بِالْقَبْضِ الْكَامِلِ.

(وتتم)؛ أي: الهبة؛ أي: تثبت الملك للموهوب له؛ لأن تمام التمليك: ثبوت الملك للموهوب له.

(بالقبض الكامل)، حتى لو قال: قبلت ولم يقبض حتى افترقا.. لا يثبت الملك ولا تتم الهبة وإن كانت الهبة في مرض الموت؛ لأن الهبة في مرض الموت وإن كانت وصية.. لكنها هبة حقيقة، فتفتقر إلى القبض، حتى لو وهب في مرض موته شيئاً للأجنبي ولم يسلمه حتى مات.. تبطل الهبة؛ كما صرح به في هبة المريض من «العمادية».

والذي يظهر من كلام المصنف: أن الإيجاب والقبول ركنان، والقبض شرط لثبوت الملك للموهوب له:

أما ركنية الإيجاب والقبول: فلما تقدم آنفاً.

وأما شرطية القبض: فلقوله ﷺ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» [٤٥٥/أ] أي لا يثبت بها الملك بدون القبض؛ إذ نفس الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق بوجود الإيجاب والقبول، ولأنها عقد تبرع، وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به، وفي إثبات الملك قبل القبض ذاك؛ إذ فيه إلزام التسليم على الواهب، وهو لم يتبرع به.

بخلاف الوصية؛ حيث إن الملك يثبت بها بدون القبض، مع أنه عقد تبرع، وهذا؛ لأنه لا إلزام ثمة زيادة على ما تبرع به، وذلك؛ لأن أوان ثبوت الملك فيها: بعد الموت، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع؛ لعدم أهلية اللزوم، وحق الوارث متأخر عن الوصية.. فلم يملكها حتى يقام مقام المالك الموصي فيها، فيتوقف ملك الموصى له على تسليمه.

قيد القبض: بالكامل؛ لإطلاق ما روينا؛ لأن الإطلاق ينصرف إلى الكامل.

واحترز به:

عن هبة المشاع الذي يقبل القسمة من المكيلات والموزونات والدور قبل

القسمة.. فإن هبتها لا تجوز؛ بمعنى: لا تفيد الملك عندنا إلا بعد القسمة؛ لأن قبضه إنما يتم بعد القسمة، وقبلها: ناقص.. فلا يثبت بها الملك.

وعن هبة المستأجر؛ لأن يد المستأجر تمنع القبض؛ لأن عقد الإجارة لازم؛ كما في «البزازية»؛ حيث قال: وهب لابنه الصغير داراً وفيها ساكن بأجر.. لا يصح؛ لأن يد المستأجر تمنع القبض؛ لكونها لازمة.

وكذا تصرف المستأجر لا يصح؛ لما ذكر.

وعن هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة، وكان مشغولاً بحق الواهب؛ كهبة السرج على الدابة بدونها.. فإن هبته لا تجوز عندنا بالمعنى المذكور؛ لنقصان القبض؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة، فيوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة الدابة التي عليها حمل بدون الحمل؛ لأنها مستعملة للحمل، فكانت مشغولة بملك الواهب، فيوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة البيت أو الجوالق وفيها متاع الواهب؛ لأنها لحفظ المتاع، فكانت مشغولة بحق الواهب، فتوجب نقصاناً في القبض.

وكهبة الزرع أو الشجر في الأرض، والتمر على النخل بدون الأرض والنخل.. فإنها لا تجوز؛ لنقصان القبض.

وكهبة أرض فيها متاع الواهب أو زرعه أو شجره.

وكهبة نخل فيه تمر الواهب.. فإنها لا تجوز بالمعنى المذكور.

والحاصل: أن هبة الشاغل تجوز، وهبة المشغول لا تجوز.

قال في «خزانة المفتي»: الأصل في جنس هذه المسائل: أن [٤٥٥/ب] اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة؛ لأن القبض شرط تمام الهبة.

وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب له.. فلا يمنع تمام الهبة؛ مثاله: وهب جراباً فيه طعام.. لا يجوز، ولو وهب طعاماً في جراب.. جاز. انتهى.

بخلاف هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ كهبة نصف العبد أو الدابة أو البيت أو الرحى؛ لأن القبض الكامل فيها غير متصور، فاكتفى بالقاصر.

وبخلاف هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة ولم يكن مشغولاً بحقه؛ كهبة دابة مسروجة بدون سرجها، وكهبة الحمل على الدابة بدون الدابة، وكهبة متاع في البيت بدون البيت.. فإنها جائزة؛ لعدم شغل الموهوب بحق الواهب وإن اتصل بملكه.

وبخلاف هبة دقيق في حنطة، ودهن في سمسم ونحوهما، مما كان المحل معدوماً وقت الهبة.. فإنها باطلة لا تجوز أصلاً، حتى لو استخرجهما وسلمهما إلى الموهوب له.. لم يفد الملك؛ لوقوعها باطلة ابتداء؛ لعدم المحل.

بخلاف هبة المشاع والمشغول بحق الواهب مما ذكرناه.. فإنها وقعت جائزة؛ لوجود المحل وقت الهبة، إلا أن ثبوت الملك بها للموهوب له: يتوقف على القسمة والقبض بعد التفريغ، حتى لو قسم وفرغ الموهوب عن حقه وسلمه.. يفيد الملك.

وبخلاف هبة المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها، وله فيها أمتعة، والزوج معها ساكن فيها.. فإنها تصح وتفيد الملك؛ لأن المرأة مع ما فيها من الدار والمتاع في يد الزوج، فتصح.

وبخلاف هبة المشغول بملك غير الواهب.. فإنها تجوز؛ كما لو أعار بيتاً، فوضع فيه المعير أو المستعير متاعاً غصبه، ثم وهب البيت.. جاز؛ كما في الثلاثين من «الفصولين».

ولو وهب لعبدِ رجلٍ.. فالقبول والقبض إلى العبد، والمال إلى السيد وإن كان العبد صغيراً لا يعقل قبض مولاه، كذا في «الحاوي».

فَإِنْ قبضَ فِي الْمجْلِسِ بِلَا إِذنٍ.. صَحَّ.

وَبعدَه.. لَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ.

ويدخل في هبة الأرض: ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر.

وكذا: في الصلح على أرض أو عنها؛ كذا في «القنية».

وفيها أيضاً بعلامة «كص»[1]: الزرع يدخل في الرهن والإقرار والفيء؛ أي: الغنيمة بغير ذكر، ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والعقد والهبة والصدقة: في القضاء بالملك المطلق.

(**فإن قبض في المجلس بلا إذن**) الواهب (.. **صح**) استحساناً.

(**وبعده**)؛ أي: بعد المجلس [٤٥٦/أ] (.. **لا بد من الإذن**).

والقياس: أن لا يجوز في الوجهين، وهو قول الشافعي؛ لأن القبض تصرف في ملك الواهب؛ لأن ملكه قبل القبض باق بالاتفاق، والتصرف في ملك الغير بدون إذنه: لا يجوز.

ووجه الاستحسان في الأول: أن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع؛ من حيث إن ثبوت الملك يتوقف عليه؛ كما يتوقف على القبول في البيع، ومقصود الواهب من العقد: إثبات الملك للموهوب له.. فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض؛ تحصيلاً لمقصوده، فكان إذناً له دلالة.

والقبض بعد الافتراق ليس كذلك؛ لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً للقبض بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما قام مقامه.

بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس؛ حيث لم يجز له القبض، مع أن تسليطه عليه موجود لوجود الإيجاب منه؛ لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.. فيعمل بالنهي الصريح، فانتفى التسليط.

---

(١) رمز: ركن الصاغي، والمسألة في مخطوط «القنية» (٢١٥).

والحاصل: أنه إذا أذن له بالقبض صريحاً.. يصح قبضه في المجلس، وبعده: قياساً واستحساناً؛ لأن الإذن الصريح لا يتقيد بالمجلس.

ولو لم يأذن بالقبض ولم ينه عنه؛ إن قبض في المجلس.. صح القبض استحساناً لا قياساً.

وإن قبض بعد المجلس.. لا يصح القبض قياساً واستحساناً.

وإن نهاه عنه.. لا يصح قبضه أيضاً قياساً واستحساناً؛ لما ذكرناه.

وههنا بحث من وجوه:

الأول: أنه لوكان القبض بمنزلة القبول في البيع.. لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس؛ كما لا يصح في البيع.

والثاني: أن مقصود البائع من البيع بثبوت الملك للمشتري بدون إذن البائع.. جاز له أن يسترده ويحبسه للثمن.

والثالث: أنه لو وهب تمراً على نخل، أو قفيزاً من صبرة ونحوهما مما اتصل بملك الواهب، والموهوب حاضر؛ فإن أخذه أو اكتاله في المجلس.. لا يجوز له ذلك، ما لم يأذن له صريحاً؛ لأن الأخذ والاكتيال تصرف في ملك الواهب.. فلا يصح بلا إذنه، فلم يكن الإيجاب فيه تسليطاً له.

وانتقض إطلاق قوله: «فإن قبض في المجلس بلا إذن صح».

وأجيب عن الأول: بأن الإيجاب من البائع شطر العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس.. فلا يصح الأمر بعده، وفي الهبة: العقد تام، وهو يتوقف على ما وراءه.. فيصح الإذن بعده.

قلت: هذا الجواب إنما يتمشى على القول بأن القبول ليس بركن في الهبة، وأما على القول بأنه ركن.. فلا.

وعن [٤٥٦/ب] **الثاني**: بأنا لا نسلم أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك

للمشتري، بل مقصوده منه: تحصيل الثمن لا غير، وثبوت الملك له ضمني.. فلا معتبر به، فلم يجعل الإيجاب عنه تسليطاً.

وعن **الثالث**: بأن كون الإيجاب تسليطاً له: مقيد بعدم المانع، واشتغال الموهوب بملك الواهب مانع.. فقول المصنف: «فإن قبض في المجلس» مقيد بعدم المانع.

وهل هو مقيد بالقبض فعلاً أو هو أعم منه ومن القبض قولاً؟

ففيه تفصيل:

فذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لو قال لآخر: وهبت منك هذا العين، والعين حاضر، فقبض الموهوب له بحضرة الواهب، ولم يقل: قبلت، ولو لم يقبضه في المجلس ولكنه قال: قبضت.. قال محمد: يصير قابضاً بمجرد قوله، وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً. انتهى.

فعلم: أن القبض في كلام المصنف يعم القول والفعل على قول محمد، ويخص الفعل على قول أبي يوسف.

ثم القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية أم لا؟ ففي بيوع «قاضي خان»: أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز: تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض.

وفي الهبة الفاسدة؛ كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة.. لا تكون قبضاً باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة:

ذكر الفقيه أبو الليث: لا يصير قابضاً بالتخلية في قول أبي يوسف.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه يصير قابضاً، ولم يذكر فيه خلافاً.

فلو باع تمراً على النخل، وخلى بينه وبين المشتري.. صار المشتري قابضاً.

ولو وهب تمراً على النخل وخلى بينه وبين الموهوب له.. لا يصير قابضاً؛ لأنه في معنى المشاع الذي يحتمل القسمة.

ولو باع داراً ليست بحضرتهما، فقال البائع: بعتها إليك، وقال المشتري: قبلت.. ذكر في ظاهر الرواية: أن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضاً إلا بقرب منهما.

وذكر في «النوادر»: إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتهما.. يصير المشتري قابضاً في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانت الدار بقرب منهما يقدر على الدخول والإغلاق.. يصير قابضاً، وإلا.. فلا.

وفي ظاهر الرواية: يعتبر القرب.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريباً منه.. يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال، فتقام التخلية مقام القبض.

أما إذا كان بعيداً لا يتصور القبض الحقيقي في الحال.. فلا تقام التخلية مقام القبض.

وكذلك في الهبة والصدقة [٤٥٧/أ]. انتهى.

ثم قال في فصل هبة المشاع من كتاب الهبة: والتخلية في الهبة الفاسدة لا تكون قبضاً عند الكل؛ كما في البيع الفاسد.

وفي الهبة الجائزة: قبض عند محمد.

والموهوب إذا كان غائباً عن حضرة الواهب والموهوب له.. فالقبض فيها: أن يأمره بالقبض.

وعند أبي يوسف: لا تكون التخلية قبضاً فيما ينقل حتى يزيله عن مكانه.

والتخلية: أن يخلي بينه وبين الموهوب له، ويقول: اقبضه. انتهى.

وتنعقدُ: بوهبتُ، ونَحَلْتُ، وَأعْطيْتُ، ....

وذكر فيه أيضاً قبل هذا الفصل: رجل قال لآخر: وهبت عبدي هذا منك، والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله، فقال: قبضته.. قال أبو بكر: جازت الهبة من غير قوله: «قبلت»، ويصير قابضاً في قول محمد.

وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض.

وإن كان العبد غائباً فقال له: وهبت منك عبدي فلاناً فاذهب واقبضه، فذهب وقبضه.. جاز وإن لم يقل: «قبلت»، وبه نأخذ. انتهى.

وهل يثبت القبض بالإقرار بالهبة؟

ففيه تفصيل:

قال في «قاضي خان»: رجل قال لآخر: كنت وهبت لي ألف درهم، ثم قال بعدما سكت: لم أقبضها.. كان القول قوله؛ لأن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض، حتى يكون النفي متناقضاً.

رجل أقر أنه وهب لفلان هذا العبد.. قال بعضهم: يكون إقراراً بالهبة والقبض جميعاً؛ لأن الإقرار بالهبة المطلقة: إقرار بهبة صحيحة تامة، وذلك لا يكون إلا بعد القبض.

والأصح: أن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض. انتهى.

(وتنعقد)؛ أي: الهبة (بـ«وهبت»)، ولو مزاحاً، على ما في «شرح النقاية» للقهستاني.

وقد ذكرنا في أول الكتاب ما يدل عليه من «قاضي خان» و«الخلاصة»، وهذا؛ لأن اللفظ صريح فيها.

(ونحلت وأعطيت)؛ لأنهما يستعملان بمعنى الهبة عرفاً.

وأطعمتُكَ هَذَا الطَّعَامَ،

(وأطعمتك هذا الطعام)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه.. يراد به تمليك عينه، وإذا أضيف إلى ما لا يطعم عينه.. يراد به: أكل غلتها، كذا في «الهداية».

وذكر في «شرح المجمع» عن «المحيط»: إذا قال: أطعمتك هذا الطعام فأقبضه.. فهي هبة؛ لأن الإطعام يحتمل التمليك والإباحة؛ فإذا ذكر القبض عقيبه.. دل على أنه أراد به التمليك؛ لأن الهبة هي المحتاجة إلى القبض.

فهذا دل على أن الإطعام بدون ذكر القبض بعده لا يكون هبة.

ويرد على ما في «الهداية» أيضاً: أن الإطعام لو حمل على تمليك العين حين أضيف [٤٥٧/ب] إلى ما يطعم عينه.. لزم أن يحمل في باب الكفارات على تمليك العين أيضاً، مع أنهم عمموه ثمة لتمليك العين والإباحة.

ومن ألفاظ الهبة: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل قال لغيره: هذه الأمة لك.. قال أبو يوسف: هذه هبة جائزة، يملكها إذا قبض.

ولو قال: هي لك حلال.. لا يكون هبة، إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة.

ولو قال: وهبت لك فرجها.. فهي هبة يملكها إذا قبض.

رجل في يديه ثوب وديعة لرجل، فقال لصاحب الثوب: أعطنيه، فقال: أعطيتك.. عن محمد: يكون هبة.

قال لآخر: قد متعتك بهذا الثوب، أو قال: بهذه الدراهم، فقبضها منه.. قال محمد: هي عندي هبة.

رجل رفع إلى رجل طعاماً وقال: هذه منحة لك، أو رفع إليه شاة وقال: هذه منحة لك.. فله أن يتشرب لبنها ويأكل الطعام.

وكذا: لو أعطاه دراهماً وقال: هذه منحة لك.

وكسوتُكَ هَذَا الثَّوْبَ،

وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب.

وقال أبو حنيفة: هو على الهبة.

وهو قول أبي يوسف ومحمد.

ثم ذكر بعد أسطر: رجل عنده دراهم لغيره، فقال له صاحب الدراهم: اصرفها في حوائجك.. كان قرضاً.

وإن كانت حنطة فقال له صاحبها: كُلها.. كانت هبة له.

ثم قال بعد أسطر: رجل قال لآخر: خذ هذا المال فاغز في سبيل الله.. يكون قرضاً.

وكذا: لو دفع إليه دراهم فقال: أنفقها، ففعل.. يكون قرضاً.

وهو كما قال: اصرفها في حوائجك؛ لأن الكلام يحتمل القرض والهبة، والقرض أدناه، فيحمل عليه لتيقنه.

ولو دفع إليه ثوباً [فقال: أكس به نفسك، ففعل.. يكون هبة؛ لأن قرض الثوب باطل؛ فإذا تعذر حمله على القرض.. يجعل هبة؛ تصحيحاً للتصرف][1].

قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها.. كان عليه مثلها أو قيمتها؛ لأن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه.. يكون قرضاً.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يكن بينهما دلالة الهبة ولا تهادي، وإلا.. يكون هبة أو إباحة.

(**وكسوتك هذا الثوب**)؛ لأنه يراد به التمليك عرفاً؛ يقال: كسى الأمير فلاناً ثوباً إذا ملكه منه.

وكذا: لو قال: أعطيتك أو متعتك هذا الثوب، على ما في «قاضي خان».

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (١٤٣/٣).

وأعمرتُكَ هَذَا الشَّيءَ، وَجَعَلتُهُ لَكَ عُمرى، وداري لَك هبةٌ تسكنُها.

وبنيتُها فِي حَملتُكَ على هَذِهِ الدَّابَّةِ.

وَإِن قَالَ: دَاري لَك هبةٌ سُكْنى، أَو سُكْنى هبةٌ أَو نحلى سُكْنى، ....

(وأعمرتك هذا الشيء)؛ لقوله ﷺ: «فمن أعمر عمرى.. فهي للعمر له، ولورثته بعده».

(وجعلته لك عمرى) أو عمرك أو حياتك؛ لأن اللام للتمليك.

ولو قال: جعلته باسم ابني.. فهو إلى التمليك أقرب عرفاً؛ لأن الناس يريدون بهذا: التمليك والهبة، كذا في «قاضي خان».

وقال فيه أيضاً قبل هذا: رجل غرس كرماً وله ابن صغير، فقال: جعلته [٤٥٨/أ] لابني فلان.. يكون هبة؛ لأن الجعل عبارة عن التمليك.

بخلاف ما لو قال: اغرسه باسم ابني فلان.. لا يكون هبة.

(وداري) مبتدأ، (لك) خبره، (هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف، واللام: للملك، (تسكنها) تنبيه على المقصود، بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، وهذا الثوب لك تلبسه.

(وبنيتها)؛ أي: نية الهبة (في: حملتك على هذه الدابة)؛ لأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية، لكنه يحتمل الهبة.. فحمل عليه بالنية.

(وإن قال: داري لك هبة) بالنصب، (سكنى) وهو تمييز.. فيكون تفسيراً لما قبله، فيحمل على العارية.

(أو سكنى هبة) بالنصب أيضاً؛ معناه: داري لك بطريق السكنى حال كون السكنى هبة.. فتكون عارية لا هبة.

(أو) داري لك (نحلى) بضم النون؛ معناه: نحلتها نحلى؛ أي: أعطيتها بلا عوض.

(سكنى) تمييز له.. فيكون عارية لا هبة.

أَو سُكْنى صَدَقَةٌ، أَو صَدَقَةٌ عَارِيَةٌ، أَو عَارِيَة هبةٌ.. فعاريَةٌ.

وَتَصِحُّ هبةُ مشَاعٍ لَا يحْتَملُ الْقِسْمَةَ.

لَا مَا يحتَمِلُها.

(أو) داري (سكنى صدقة)؛ أي: حال كون السكنى صدقة.

(أو صدقة عارية)؛ أي: حال كون الصدقة عارية.

(أو عارية هبة)؛ أي: حال كون العارية هبة.

(.. فعارية)؛ أي: هذه الألفاظ كلها من قوله: «وإن قال» إلى هنا: عارية؛ لما ذكرناه.

(وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة) كالحمام والبئر والرحى والعبد والدابة والبيت الصغير وغيرها مما يتعيب بالتبعيض، وهو الضابط فيما لا يحتمل القسمة.

وإنما تصح الهبة فيه؛ لكفاية القبض الناقص فيه.

أطلقه؛ فشمل: الهبة لشريكه ولغير شريكه؛ فإن هبة مشاع لا يحتمل القسمة لشريكه وللأجنبي: صحيحة في قولهم جميعاً.

لكنه لا بد من التقييد بكون الموهوب قدراً معلوماً؛ لما ذكره في «البحر»: من أنه يشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة: أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به.. لم تجز؛ لأنها جهالة توجب المنازعة. انتهى.

بقي: لا بد من علم الواهب للموهوب.

وأما علم الموهوب له.. فلا يلزم؛ لما ذكره في «البزازية»: قال: وهبت حصتي من هذا العبد لك، والموهوب له لا يعلم كم حصته.. تصح. انتهى.

(لا)؛ أي: لا تصح، ولو لشريكه هبة (ما يحتملها)؛ كالدار والبيت الكبير والثوب المزروع وغيرها مما لا يتعيب بالقسمة.

قال في «قاضي خان»: رجل وهب نصيبه مما يقسم؛ كالدار والأرض والمكيل والموزون من غير شريكه.. لا يجوز عند الكل.

وإن وهب من شريكه.. لا يجوز عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز.

ولو وهب داره من رجلين.. لا يجوز عند أبي حنيفة.

وكذلك كل ما يقسم.

وقال صاحباه: يجوز [٤٥٨/ب].

ولو رهن داره من رجلين.. جاز عند الكل.

وكذا لو أجر داره من رجلين.

ولو وهب نصف داره من رجل، والنصف الآخر من رجل، وسلم الدار إليهما معاً.. جاز.

وإن تقدم تسليمه إلى أحدهما.. لا يجوز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز في الوجهين.

وفيما لا يقسم كالعبد والدابة والثوب.. يجوز هبة المشاع من شريكه وغيره في قولهم. انتهى.

وجعل أبا يوسف مع محمد في هبة الدار من رجلين؛ حيث قال: وقال صاحباه: يجوز.

وفي «الخلاصة»: جعله مع أبي حنيفة؛ حيث قال: وهب داره من رجلين.. لا يجوز عندهما، وعند محمد: يجوز.

والتوفيق: أنه محمول على الروايتين عن أبي يوسف، وسيأتي في الكتاب مثل ما في «قاضي خان».

وهل كون الدرهم مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها، حتى يجوز هبة النصف من درهم؟

ففي «قاضي خان»: لو وهب درهماً صحيحاً من رجلين.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن تنصيف الدرهم لا يضر، فكان مما يحتمل القسمة.

والصحيح: أنه يجوز، وبه قال السغدي وشمس الأئمة الحلواني؛ لأن الدرهم الصحيح لا ينكسر عادة، فكان مما لا يحتمل القسمة.

حتى لو كان من الدراهم التي تكسر عادة، ولا يضرها الكسر والتبعيض.. كان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلا يجوز.

والدينار الصحيح.. قالوا: ينبغي أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح.

رجل معه درهمان، فقال لرجل: وهبت منك درهماً منهما.. قالوا: إن كان الدرهمان مستويين في الوزن والجودة.. لا يجوز؛ لأن الهبة تناولت أحدهما وهو مجهول.

وإن كانا متفاوتين.. جاز؛ لأن الهبة تناولت وزن درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة، فيجوز.

وهل الأثواب المختلفة والدواب المختلفة مما يقسم أو مما لا يقسم؟

فقال في «الخلاصة»: ولو وهب نصف ثوبين، أو نصف عشرة أثواب مختلفة؛ زطي وهروي ومروي، أو نصف دواب مختلفة.. جاز؛ لأنها لا تقسم؛ فإن كانت من نوع واحد.. لم تجز إلا مقصوداً. انتهى.

وهل المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له أم لا؟ وهل هي تفيد الملك بالقبض أم لا؟

استدل في «قاضي خان»: على أنه مضمون، وقال: ذكر ابن رستم: رجل دفع درهمين إلى رجل، وقال: أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك، فهلكا جميعاً..

فَإِن قَسَمَ وَسَلَّم.. صَحَّ.

يضمن درهماً، وفي الآخر أمين.

قال: وإنما يضمن؛ لأنه أخذه بهبة فاسدة نص أنها تكون مضمونة.

وذكر في مضاربة «الكبير» [٤٥٩/أ]: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: نصفها هبة لك، ونصفها مضاربة عندك.. لا يجوز؛ فإن هلك المال عند القابض.. يضمن خمسمائة درهم.

ولو وهب نصف الدار أو تصدق وسلم، ثم إن الواهب باع ما وهب أو تصدق.. ذكر في وقف «الأصل»: أنه يجوز بيعه؛ لأنه لم يقبض.

ولو باعها الموهوب له.. لا يجوز بيعه؛ لأنه لم يملك.

نص أن هبة المشاع فيما يقسم.. لا تفيد الملك وإن اتصل بها القبض، وبه قال الطحاوي.

وذكر عصام: أنها تفيد الملك، وبه أخذ بعض المشايخ.

رجل دفع تسعة دراهم إلى رجل، وقال: ثلثه لك قضاء من حقك، وثلثه لك هبة، وثلثه تصدقت بها عليك.. قال محمد: ثلثه قضاء: جائزة، وثلثه صدقة: لم يجز ولا يضمن، وثلثه هبة: لم يجز ويضمن.

نص أن الهبة الفاسدة مضمونة: إلى هنا كلام «قاضي خان».

فقد استدل بهذه المسائل على أن الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض.

وعلم منها أيضاً: أن إفادة الهبة الفاسدة الملك بالقبض: خلافية.

وقال في «الخلاصة»: الهبة الفاسدة: مضمونة بالقبض، والصدقة الفاسدة: كالهبة الفاسدة، وإنها لا تفيد الملك على المختار.

(**فإن قسم**)؛ أي: ما يحتمل القسمة (**وسلم.. صح**)؛ أي: يثبت الملك للموهوب له؛ لأن هبة مشاع يحتمل القسمة وقعت صحيحة في نفسها؛ لوجود المحل، ولكن ثبوت الملك بها للموهوب له يتوقف على التقسيم والتسليم؛ ليوجد القبض الكامل

فيها؛ إذ لا يكتفى بالقبض الناقص فيما يمكن فيه القبض الكامل، وقد أمكن هذا فيما يحتمل القسمة.. فلا بد فيه من القسمة والتسليم؛ ليوجد القبض الكامل.

فمراده:

بعدم صحة هبتها: عدم ثبوت الملك بها قبل القسمة، لا البطلان.

وبالصحة بعدم القسمة: ثبوت الملك بها.

وقال الشافعي: هبة المشاع جائزة في الوجهين؛ لأنه عقد تمليك، فيصح في المشاع وغيره؛ كأنواع البيع؛ من: الصحيح والفاسد والصرف والسلم؛ فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع، حتى لو باع وخلى بينه وبين المشتري.. خرج عن ضمان البائع، ودخل في ضمان المشتري، وملكه المشتري.

وإن كان البيع فاسداً؛ فلو لم يتم قبضه.. لما دخل في ملكه، وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف، والقبض شرط فيهما.. فكذا تصح هبته [٤٥٩/ب].

ولا يمنع تمام القبض؛ لأن المشاع قابل للملك كما في البيع والإرث وكلّ ما هو قابل للملك.. فهو محل له، فكان العقد صادراً عن أهله مضافاً إلى محله، فلا مانع ثمة أصلاً، فكان جائزاً.

لا يقال: إن الهبة تبرع، فيجوز أن يكون الشيوع مبطلاً فيها؛ لأنا نقول: لم يعهد أن الشيوع مبطل في التبرعات كما في القرض والوصية.

قلنا: إن القبض في الهبة منصوص عليه فيما روينا، فيشترط كماله، وقبض المشاع ناقص؛ لأنه لا يقبل إلا بضم غير الموهوب إليه.. فلا يثبت به الملك، ولأن في إثبات الملك به: إلزام الواهب شيئاً لم يلزمه، وهو مؤنة القسمة والتسليم.

بخلاف ما لا يقسم؛ لأنه يكتفى فيه بالقبض الناقص، ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة، والمهايأة إنما تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة، والمتبرع به بالهبة هو

وَلَا تصحُّ هبةُ دَقِيقٍ فِي بُرٍّ، ودُهْنٍ فِي سِمْسِم؛ وَسَمْنٍ فِي لَبَنٍ وإِنْ طُحِنَ البرّ، أَوِ استخرجَ الدّهنَ، وَسُلِّمَ.

وَهبةُ لبنٍ فِي ضَرعٍ، وصوفٍ على غنمٍ، ونخلٍ وَزرعٍ فِي أَرضٍ، وتمرٍ فِي نخلٍ.. كَهِبَةِ الْمشَاعِ.

العين لا المنفعة؛ فإيجاب المهايأة ليس بإلزام ما لم يلتزم المتبرع.

والوصية ليس من شرطها القبض، وكذا البيع الصحيح حتى يتصور كون الشيوع مانعاً فيهما.

وأما البيع الفاسد والصرف والسلم، وإن كان القبض شرطاً فيها.. لكنه غير منصوص عليه، فلا يشترط أن يكون كاملاً.

والقرض تبرع من وجه، وعقد ضمان من وجه، فشرطها: القبض القاصر دون القسمة؛ عملاً بالدليلين.

(**ولا تصح**)؛ أي: تبطل في نفسها (**هبة دقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن وإن**) وصلية (**طحن البر أو استخرج الدهن**) والسمن (**وسلم**) إلى الموهوب له؛ لأن المحل هنا معدوم حالة العقد.. فلا ينعقد العقد أصلاً؛ كبيع المعدوم؛ فإنه باطل، فلا ينعقد إلا بالتجديد.

بخلاف هبة المشاع؛ فإنه جائز في نفسه؛ لوجود المحل حالة العقد، لكن ثبوت الملك موقوف على القبض الكامل.. فلا بد فيه من التسليم والقسمة، على ما ذكرناه.

(**وهبة لبن**) مبتدأ، خبره: قوله: «كهبة المشاع» (**في ضرع، وصوف على غنم، ونخل وزرع في أرض، وتمر في نخل: كهبة المشاع**)؛ أي: جائزة في نفسها، لكن ثبوت الملك موقوف على الإفراز والتسليم والقبض؛ كما في المشاع، حتى إذا أفرزت هذه الأشياء عن ملك الواهب وسلمت إلى الموهوب له.. ملكها الموهوب له بالقبض؛ كما في المشاع.

وكذا: لو وهب ما في بطن جاريته وما في بطن غنمه.. لا يجوز.

واعلم: أن أمهات مسائل الشائع - سواء كان مما يحتمل القسمة، أو مما لا يحتملها - تسع:

بيع [٤٦٠/أ] الشايع، وإجارته، وإعارته، وإيداعه، ورهنه، وهبته، وصدقته، وقرضه، ووقفه.

• **أما بيعه:** فجائز؛ سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها، وسواء كان من شريكه أو من أجنبي، وسواء كان الكل له فباع النصف، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه، وقد ذكرناه في كتاب البيع مفصلاً في آخر البيع الفاسد.

• **وأما إجارته:** فلا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين ما يحتمل القسمة، وبين ما لا يحتملها.

والجواب في الكل عنده: واحد.

ثم العين إذا كان بين اثنين؛ فإن أجر أحدهما نصيبه من شريكه.. جاز بالإجماع، وفي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وروي عنه: أنه لا يجوز أيضاً.

وسواء أجر كل نصيب من شريكه أو بعضه.

ولو كان العين بينهما وأجر أحدهما نصيبه من أجنبي.. اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة.

حكى أبو طاهر الدباس عنه: أنه يجوز.

وحكى غيره عنه: أنه لا يجوز.

ولو كان العين كله لرجل، فأجر النصف من أجنبي.. فعند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

ثم اختلفوا على قول أبي حنيفة:

قيل: لا ينعقد، حتى لا يجب الأجر أصلاً.

وقيل: ينعقد فاسداً، حتى يجب أجر المثل.

قالوا: وهو الصحيح.

وإن كان الكل له فأجر الكل من اثنين؛ فإن أجمله وقال: أجرت الدار منك.. جاز بالإجماع.

وإن فصل.. فلا يخلو:

إما أن يكون بالتنصيف بأن قال: نصفها منك ونصفها منك، أو بالأثلاث بأن قال: ثلثها منك وثلثها منك.

وفي هذا الوجه: يجب أن تكون المسألة على قول أبي حنيفة على الاختلاف الذي ذكرنا فيما إذا كان الكل بينهما وأجر النصف أحدهما من أجنبي.. فعلى ما حكى عنه أبو طاهر: ينبغي أن يجوز، وعلى ما حكى عنه غيره: ينبغي أن لا يجوز.

ثم الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، ويفسدها في رواية عنه.

• **وأما إعارته**: ففي «العمادية» نقلاً عن كتاب الشيوع: إذا أعار الشائع.. جاز في الوجوه كلها.

• وذكر عن «فتاوى ظهير الدين»: **أن إيداع المشاع جائز**.

• **وأما رهنه**: فلا يجوز، لا من الشريك ولا من غيره، فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها، والشيوع الطارئ والمقارن سواء.

وسيأتي تفصيله في كتاب الرهن.

وكذا: لا يجوز مضاربته، ذكره في «العمادية» عن «عيون المختلف».

• **وأما هبته**: فعلى ما تقدم آنفاً من التفصيل.

ولنُعِد بعض ما ذكر مع زيادة؛ تتميماً للفائدة [٤٦٠/ب].

قالوا: هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة: تجوز من الشريك ومن الأجنبي.

وفيما لا يحتملها.. لا تجوز، لا من الشريك، ولا من الأجنبي.

والشيوع المقارن: يفسد الهبة بالاتفاق؛ أعني: الشيوع حالة القبض، وأما الشيوع حالة العقد.. فلا يضر.

والشيوع الطارئ: لا يفسد الهبة بالاتفاق.

والشيوع الطارئ في الهبة: أن يرجع الواهب في بعض الهبة، فبقي الموهوب بينه وبين الموهوب له مشتركاً.

وأما الشيوع الحاصل بالاستحقاق في بعض الموهوب.. فمن قبيل الشيوع المقارن؛ لأن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة.. كان مستنداً إلى ما قبل الهبة، فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها.

واختلفوا في أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له أو لا.

والمختار في الفتوى: أنه مضمون.

واختلفوا أيضاً في أن الهبة الفاسدة هل تفيد الملك للموهوب له بالقبض أو لا تفيد؟

والمختار: أنه لا يفيد.

ومنه وقع الخلاف في أن نفقة الموهوب بالهبة الفاسدة على من يكون؟

قيل: على الواهب؛ لعدم إفادته الملك بالقبض.

وقيل: على الموهوب له؛ بناء على القول بإفادة الملك.

واتفقوا: على أن رجلاً إذا وهب من قريبه شيئاً هبة فاسدة.. له حق الرجوع؛ سواء أفادته الملك بالقبض للموهوب له، أو لم تفد.

أما على القول بأنها لا تفيد الملك: فظاهر.

وأما على القول بأنها تفيد الملك: فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له بالقيمة أو بالمثل؛ فإذا كان مضموناً.. كان يستحق الرد قبل الهلاك، فملك الرجوع والاسترداد، كذا في «العمادي».

• **وأما تصدق الشائع:** فقالوا: هذا وهبة المشاع في جميع ما ذكر سواء، إلا في شيء، وهو: أنه إذا وهب الكل من اثنين فيما يحتمل القسمة وسلم إليهما.. لا يجوز عند أبي حنيفة بلا خلاف عنده.

وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله:

منهم من قال: لا يجوز الصدقة أيضاً.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان؛ على رواية «الأصل»: لا يجوز، وعلى رواية «الجامع الصغير»: يجوز.

قيل: وهو الصحيح. وسيأتي تفصيله فيما بعد.

• **وأما وقف الشائع:** فعند محمد: لا يجوز، وعند أبي يوسف: يجوز ويلزم، وبه أخذ أبو القاسم الصفار.

بعد القضاء بصحته: يجوز عند الكل، وتقدم تفصيله في كتاب الوقف.

وهل يتحقق غصب الشائع؟

اختلفت فيه عباراتهم؛ ففي «فتاوى [٤٦٢/أ] رشيد»: أن غصب نصف الشائع شائعاً لا يتصور ولا يتحقق.

وذكر الصدر الشهيد: أنه يتصور.

وَهبةُ شَيْءٍ هُوَ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ: تتُمّ بِلَا تَجْدِيدِ قبضٍ.

(**وهبة شيء وهو في يد الموهوب له**) بطريق العارية، أو الوديعة، أو الرهن، أو الغصب، أو الإجارة: (**تتم بلا تجديد قبض**)؛ لأن قبض الأمانة تنوب عن قبض الهبة؛ لتجانسهما في عدم كونهما قبض ضمان.

وكذا: قبض الرهن والغصب والإجارة تنوب عن قبض الهبة؛ لأنها فوق قبض الهبة، والشيء يتضمن ما دونه.

وكذا: لو كان في يده هبة فاسدة، ثم وهبها منه هبة صحيحة.. لا يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون عليه، فيكون أقوى من قبض الهبة الصحيحة.. فينوب عنها.

وكذا: لو كان في يده بيعاً فاسداً فوهبها.. لا يحتاج إلى تجديد قبض؛ لأن قبض البيع ولو فاسداً: أقوى من قبض هبة.

بخلاف البيع؛ فإنه إذا باع الوديعة أو العارية ممن في يده.. يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً، وقبض المودع قبض أمانة.. فلا ينوب عن قبض الضمان، بل يحتاج إلى تجديد قبض.

والأصل ههنا: أن القبضين إذا تجانسا.. ينوب أحدهما عن الآخر؛ لاتحادهما جنساً.

وإذا اختلفا.. ناب الأقوى عن الأضعف بلا عكس؛ لأن في الأقوى مثل الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى.

قال في «القنية»: استودع أخاه عبداً، أو ثوباً، أو متاعاً، أو داراً، أو دابة، ثم قال: «وهبت لك وديعتي»، وهي في يد المودع.. يجوز إذا قال: «قبلت».

ولو وهب عبداً لأخيه وقبضه في المجلس أو بعده بأمره بالقبض نصاً.. صح بدون قوله: «قبلت».

فشرط القبول: في الأول دون الثاني؛ لأن إقدامه على القبض: قبول منه، وأمره

وَهبةُ الْأَبِ لطفلِهِ: تتمُّ بِالْعقدِ إِنْ الْمَوْهُوبُ فِي يَدِ الْأَبِ أَو يَدِ مودَعِهِ.

بالقبض: رضاء من الواهب، ولا كذلك في الأول؛ لأنه في يد الموهوب له؛ فلو لم يشترط القبول نصاً.. يقع الملك له في الهبة بغير رضاه، وإنه ضرر. انتهى.

فعلم منه: أن القبول شرط في مسألة الكتاب وإن لم يذكره.

والأولى: أن يقول: تتم بالقبول بلا تجديد قبض.

والمراد بتجديد القبض: أن ينتهي إلى موضع فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، كذا في «العناية».

(**وهبة الأب لطفله تتم بالعقد؛ إن كان الموهوب في يد الأب أو يد مودعه**)؛ لأن قبض الأب ينوب عن قبض الطفل؛ لولايته عليه، بخلاف الهبة لولده الكبير وإن كان في عياله [٤٦٢/ب]؛ لأنه لا ولاية له عليه.. فلا بد من قبض الولد، ويد مودع الأب كيد نفسه، فينوب عن قبض الطفل أيضاً.

ويد مستعير الأب كيده، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

ثم لا بد في تمام هبة الأب لطفله: من كون الموهوب معلوماً؛ لما ذكر في «النهاية»: وكل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه، وذلك الشيء معلوم.. فهو جائز، والقبض فيه: بإعلام ما وهبه له والإشهاد عليه، هكذا نقله عن «المبسوط».

ثم قال: والإشهاد ليس بشرط، بل الهبة تتم بالإعلام، إلا أنه ذكر الإشهاد احتياطاً؛ للتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته، وعن جحوده بعد إدراك الولد.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً؛ حيث قال: والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته، والإعلام لازم؛ لأنه بمنزلة القبض.

وفي قوله: «إن كان الموهوب في يد الأب»: إشارة إلى ما في «قاضي خان»: لو وهب عبده الآبق لولده الصغير.. لا يجوز، وإن باع.. جاز. انتهى.

إلا إِن كَانَ فِي يَد غَاصِبٍ، أَو مبتاعٍ بيعاً فَاسِداً أَو مُتَّهِبٍ.

لأنه ليس في يد الواهب حالة إباقه، لكنه قد ذكرنا في باب البيع الفاسد نقلاً عن «الزيلعي» و«فتح القدير» و«غاية البيان»: أن هبة العبد الآبق لولده الصغير جائزة، فارجع إليه.

(**إلا**)؛ أي: لا تتم هبة الأب لطفله بالعقد والإعلام (**إن كان**) الموهوب (**في يد غاصب أو مبتاع**)؛ أي: من يقبل البيع؛ أي: المشتري (**بيعاً فاسداً**).

وحكم يد مبتاع بيعاً صحيحاً: معلومٌ مستغن عن البيان.

(**أو**) يد (**متهب**)، هكذا وقع في النسخ، ولعل الصواب: «أو مرتهن» على ما وقع في عامة الكتب.

وهذا؛ لأن كلًّا من هؤلاء قابض لنفسه.. فلا تكون يده يد الأب.

وكذا يد المستأجر لا تنوب عن يد الأب؛ لأنه قابض لنفسه، قال في فصل هبة المشاع من «قاضي خان»: ولو وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع للأب، أو وهب لابنه داراً والأب ساكن فيها.. لم تجز الهبة.

وعن أبي حنيفة في «المجرد»: رجل تصدق على ابنه الصغير بدار، والأب ساكن فيها، أو له متاع فيها، أو فيها قوم يسكنون بغير أجر.. جازت الصدقة، ويصير الأب قابضاً لابنه.

ولو كان فيها سكان بأجر.. كانت الصدقة باطلة.

ثم قال فيها في فصل هبة الوالد لولده: رجل وهب لابنه الصغير داراً، وهي مشغولة بمتاع الأب.. قال أبو نصر: جاز، ولا يحتاج إلى التفريغ؛ لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو الأب.

ولو تصدق على ابنه الصغير بدار، والأب ساكن فيها.. لا يجوز في قول [٤٦١/أ] أبي حنيفة، ويجوز في قول أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ لما قلنا في الهبة. انتهى.

وَالصَّدَقَةُ فِي ذَلِكَ كَالْهِبَةِ.

فقد فرق بين هبة الأب من ابنه داراً سكن فيها، وبين هبة الأب من ابنه داراً فيها متاع الأب؛ حيث حكم في الأول بعدم جواز الهبة، وفي الثاني بجوازها.. فهو: إما محمول على الروايتين، أو على اختلاف القولين.

وقال في «الزيلعي»: ولو وهب الأب من ابنه الصغير داراً، والأب ساكن فيها، أو متاعه فيها.. جازت الهبة، وملكها الابن بمجرد قوله: وهبتها له؛ لأنها في يده، ولو كان يسكنها غيره بأجر.. لا يجوز؛ لأن المستأجر قابض لنفسه لا للأب، وإن كان بغير أجر.. جازت الهبة، ذكره محمد في «المنتقى».

فلم يفرق بين المسألتين كما فرقه «قاضي خان»، وحكم بجواز الهبة فيهما.

وكذا لم يفرق بينهما في «الخلاصة»، وحكم بجواز الهبة فيهما؛ حيث قال نقلاً عن «الملتقى»: رجل وهب أو تصدق على ابن له صغير بدار، وله فيها متاع، أو هو ساكن فيها بعياله، أو فيها ساكنٌ بغير أجر ولم يفرغها.. جازت الهبة والصدقة.

ثم نقل عن «الفتاوى»: رجل وهب لابنه الصغير داراً، والدار مشغولة بمتاع الواهب.. جاز.

ولو تصدق بدار على ابنه الصغير، والأب ساكنها.. لا تجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز، وعليه الفتوى.

وما ذكر في «المنتقى» قول محمد. انتهى.

(**والصدقة في ذلك**)؛ أي: في حق الطفل (كالهبة)، ففي كل موضع يجوز هبة الأب من طفله.. يجوز تصدقه عليه أيضاً، وما لا.. فلا يجوز تصدق ما في يده أو في يد مودعه أو مستعيره، ولو مشغولة بمتاعه، لا في يد غاصبه أو مبتاعه بيعاً فاسداً أو مرتهنه أو مستأجره؛ لما ذكرناه في الهبة.

فلم يفرق بين الهبة من طفله والصدقة عليه، وقد تقدم من قبل: أن الإمام قاضي

خان فرق بينهما وقال: لو وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب، أو داراً فيها متاع الأب.. لا تجوز الهبة.

ثم قال نقلاً عن «المجرد»: لو تصدق على ابنه الصغير بدار سكن فيها الأب، أو له متاع فيها.. تجوز.

وهكذا فرق بينهما في «الخلاصة» وقال: ما ذكر في «المنتقى» من الجواز.. قول محمد على ما ذكره آنفاً.

وما ذكره المصنف من عدم الفرق.. هو المذكور في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ومما يتعلق بالهبة من الصغير: ما في أوائل هبة «قاضي خان»: رجل غرس كرماً، وله ابن صغير، فقال: جعلته لابني فلان.. يكون هبة [٤٦١/ب]؛ لأن الجعل عبارة عن التمليك.

ولو قال: اغرسه باسم ابني فلان.. لا يكون هبة.

وإن قال: جعلته باسم ابني.. يكون هبة ظاهراً؛ لأن الناس يريدون بهذه: الهبة.

رجل اتخذ وليمة للختان، فأهدى الناس هدايا، ووضعوا بين يديه.. قالوا: إن كانت الهدية مما يصلح للصبيان؛ مثل لباس الصبيان، أو يكون شيئاً يستعمله الصبيان.. فهو للصبي؛ لأن مثل هذا يكون هبة للصبي عادة.

وإن كانت الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك.. يرجع إلى المهدي؛ فإن قال المهدي: هي هبة للصغير.. كانت للصغير، وإن للأب.. فهي للأب.

وإن تعذر الرجوع إليه.. ينظر؛ إن كان المهدي من معارف الأب وأقاربه.. فهي للأب.

وإن كان من قرابة الأم أو من معارفها.. فهي للأم.

وكذلك: إن اتخذ وليمة لزفاف الابنة إلى بيت زوجها، فأهدى الناس هدايا.. فهو على ما ذكرناه من قرابة الأب [أو من قرابة الأم][1].

وكذلك: لو كان المهدي من قرابة الزوج أو من معارفه، أو من معارف المرأة أو من قرابتها.

إلا إذا بيّن المهدي فقال: أهديت لهذا أو لهذا.. فالقول قوله.

وقال بعضهم: في الأحوال كلها الهدية تكون للوالد؛ لأن الوالد هو الذي اتخذ الوليمة.

وقال بعضهم: تكون للولد؛ لأن الوالد اتخذ الوليمة للولد لا لنفسه.

ولا يعتبر قول المهدي عند الإهداء: أهديت للوالد.

والاعتماد: على ما قلنا أولاً. انتهى.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل اتخذ وليمة للختان، فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الصبي، إن كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان أو ما يستعمله الصبيان.. فالهدية للصبي، وإن كانت غير ذلك؛ كالدراهم أو الدنانير والحيوان ومتاع البيت.. ينظر إلى المهدي؛ إن كان من أقرباء الأب أو معارفه.. فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو معارفها.. فهو للأم؛ سواء كان المهدي يقول عند الهدية: هذا للصبي، أو لم يقل.

وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته إلى بيت زوجها. انتهى.

فعلم منه: أن ما ذكره قاضي خان: مخالف لما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» بوجهين:

أحدهما: من جهة قوله: «وضعوا بين يديه»؛ لأن الظاهر منه: أن ضمير يديه

(١) زيادة لا بد منها، تم استدراكها من «البزازية» (١٤٣/٣).

راجع إلى رجل لا إلى صبي، كما في «الخلاصة» و«البزازية»، فظهر منهما: أن هدية ما يصلح للصبي في الختان.. فهي للصبي؛ سواء وضعها المهدي بين يدي الأب كما في «قاضي خان»، أو بين يدي الصبي كما في «الخلاصة» و«البزازية».

والثاني: من جهة قوله: «وإن كانت [٤٦٣/أ] الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك يرجع إلى المهدى له»؛ فإنه قال فيه: «إن القول قول المهدي؛ إن قال: هي للصغير فهي للصغير»، وقد قال في «الخلاصة» و«البزازية» هنا: «إن العبرة فيه إلى المهدي من أقرباء الأب أو معارفه، أو من أقرباء الأم أو معارفها، ولا عبرة لقول المهدي أنها للصبي».

قال في «الخلاصة» أيضاً: رجل قدم من السفر وجاء بهدايا إلى من نزل عنده، وقال له: اقسم هذه الأشياء بين أولادك أو بين امرأتك وبين نفسك؛ إن أمكن الرجوع إلى بيان المهدي.. فالقول قوله، وإن تعذر.. فما يصلح للرجال.. فللأب، وما يصلح للنساء.. فلأمراته، وكذا بين الصغار، وما يصلح لكليهما.. ينظر إلى المهدي أنه من أقارب الزوج أو المرأة.

رجل اتخذ لولده ثياباً، ثم أراد أن يدفع إلى آخر.. ليس له ذلك، إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنها عارية.

وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً، فأبق التلميذ، فأراد أن يدفع إلى غيره.

وإن أراد الاحتياط: يبين أنها عارية، حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره. انتهى.

وقيد في «قاضي خان» مسألة التلميذ بقوله بعدما دفع الثوب إليه؛ حيث قال: «فأبق التلميذ بعدما دفع إليه».

والأصل فيه: العرف؛ لأن التلميذ يملكه بعد الدفع إليه في العرف، فليس له أن يرجع فيه ليدفع إلى غيره.

فإن قيل: قال في «قاضي خان» من فصل العوض: إذا وهب للصغير هبة،

فعوض الأب أو الوصي الواهب من مال الصبي.. لا يجوز؛ لأنه تبرع؛ فإذا بطل التعويض.. كان للواهب أن يرجع في هبته. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

فهذا يقتضي صحة الرجوع في الهبة للصغير، فلمَ لا يجوز أن يرجع الأستاذ في الثوب الذي دفع إلى التلميذ؟

فالجواب: أن ما ذكره: في فصل العوض في الهبة بشرط العوض، بخلاف دفع الثوب إلى التلميذ؛ فإن العرف فيه على عدم العوض فيه.. فلا يرجع؛ لكونه تبرعاً.

وذكر في «الخلاصة» أيضاً: رجل وهب للصغير شيئاً من المأكول.. يباح للوالدين أن يأكل منه، كذا روي عن محمد، هكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

ثم قال فيها: رجل وهب العبد الآبق له إلى دار الحرب لابنه الصغير.. لا يجوز.

ولو كان متردداً في دار الإسلام.. يجوز ويصير قابضاً.

بخلاف البيع؛ لأن الشرط فيه التسليم، والشرط في الهبة: القبض دون التسليم؛ لأن المتردد في دار الإسلام في يد الأب حكماً [٤٦٣/ب].

تصدق بعبد آبق له على ابن صغير له.. لا يجوز.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز.

فإما أن يحمل على الروايتين، ويحمل عدم الجواز على اللاحق بدار الحرب، والجواز: على المتردد في دار الإسلام.

وقال في هبة الوالد لولده من «قاضي خان»: امرأة لها مهر على زوجها، وهبت المرأة لابنها الصغير الذي هو من هذا الزوج. الصحيح: أنه لا تصح هذه الهبة؛ لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، إلا إذا وهبت وسلطت ولدها على القبض.. فيجوز ويصير ملكاً للولد إذا قبض. انتهى.

وَالأُمُّ كَالْأَبِ عِنْدَ غيبتِهِ غيبَةً مُنْقَطِعَةً، أَو مَوتِهِ وَعدمِ وَصِيّهِ إِن كَانَ الطِّفْلُ فِي عيالِها.

والذي ظهر منه: أن هذه الهبة مختلف في صحتها قبل التسليط.

وأما بعد التسليط.. فجائزة بالاتفاق، وتتم إذا وجد القبض، وإلا.. فلا تتم.

وفي «القنية»: سئل أبو بكر عن هذه المسألة، فقال أولاً: أنا متوقف فيها، ويحتمل أنها تجوز.

ثم قال: إنها لا تجوز؛ لأنها غير مقبوضة.

ثم قال بعلامة واقعات الناطفي: وبه نأخذ.

وقال فيها أيضاً قبيل هذا نقلاً عن «الفتاوى النجارية»: لها على زوجها دين، فوهبته لولدها الصغير.. صح؛ لأن الهبة هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إذا سلطه على القبض، وللأب ولاية قبض الهبة لولده الصغير، فكان قبضه بحكم الولاية؛ كقبض الصغير، فصار كأنها سلطت الصغير على قبضه. انتهى.

والذي ظهر منه: أن هذه الهبة صحيحة مطلقاً من غير تسليط من المرأة الصغير على القبض؛ بناء على أن قبض الأب بحكم الولاية على الصغير، بمنزلة تسليط المرأة الصغير بلا حاجة إلى التسليط منها صريحاً، كيف وإنه لو احتاج إلى التسليط قصداً.. لا يلزم أن لا تصح تلك الهبة، فيما إذا لم يفعل الصغير القبض والتسليط ولو بتسلط المرأة.

(**والأم**) في هبتها لولدها الصغير وتصدقها عليه: (**كالأب عند غيبته غيبة منقطعة، أو موته وعدم وصيه**)؛ أي: وصي الأب؛ لأن وصي الأب مثل الأب في ذلك.

(**إن كان الطفل في عيالها**)؛ أي: عيال الأم.

فلو وهبت الأم لطفلها أو تصدقت عليه وهو في عيالها.. جازت الهبة والصدقة، والقبض لها عند عدم الأب والجد.

وَكَذَا: كلُّ مَن يعولُ الطِّفْلَ.

ووصيُّهما بحكم ولايتهما على طفلها عند عدم هؤلاء: كما كان كذلك عند هبة الأجنبي لطفلها؛ فإن القبض فيها أيضاً للأم عند عدم هؤلاء، على ما سيأتي.

وإنما قيد «بكون الطفل في عيالها»؛ ليكون لها نوع ولاية لها عليه.

وقيد «بعدم الأب ووصيه»؛ لأن عند وجودهما [٤٦٤/أ] لا ولاية لها على القبض، وكذا :عند وجود الجد ووصيه، كذا في الروايات الظاهرة، ذكره في «الخلاصة»، نقلاً عن «التجريد».

ثم قال: وذكر الصدر الشهيد: إن اشتراط عدم الأب في تملك الأم قبض الهبة للصغير: ليس بأمر لازم؛ فإنه ذكر في «الأصل»: الرجل إذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل.. فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ.. انتهى.

وفي تعليله بما ذكر في «الأصل»: نظر، ولهذا جعل في «البزازية» ما ذكره في «الأصل» مسألة مبتدأة، لا تعليلاً لما قبله من قوله: ليس بأمر لازم، ولا يلزم من جواز قبض الزوج هبة زوجته الصغيرة عند حضرة الأب: جواز قبض الأم هبة طفلها عند حضرة الأب، كيف وأن الزوج إنما يقبضها لتفويض الأب أمور الصغيرة إلى زوجها؟!

(**وكذا كل من يعول الطفل**)؛ أي: دخل في عياله؛ سواء كان ذا رحم محرم من الطفل كالأخ والعم، أو أجنبياً، لكن ليس على إطلاقه، بل عند عدم الأب والجد ووصيهما.

وأما مع وجود واحد من هؤلاء الأربعة.. فولاية القبض له لا لغيره؛ سواء كان الطفل في عياله أو لا، على ما في «العناية» عن «الإيضاح» و«مختصر الكرخي».

فإذا لم يبق واحد من هؤلاء الأربعة.. جاز قبض من كان الصبي في عياله؛ لثبوت نوع ولاية له حينئذ، ألا ترى: أنه يؤدبه، ويسلمه في الصنائع، فيقام هذا العذر

وَهبةُ الْأَجْنَبِيّ لَهُ: تتمُّ بِقَبْضِهِ لَو عَاقِلاً.

وبقبضِ أَبِيهِ أَو جدِّهِ ....

مطلقاً، حتى قبض الهبة له؛ لكونه من باب المنفعة، إلى هنا فيما وهب الأب لولده الصغير.

وأما إذا كان له ابن وبنت فأراد أن يهب لهما شيئاً ويفضل أحدهما على الآخر في الهبة.. ففي «قاضي خان»: أجمعوا: أنه لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على البعض في المحبة؛ لأنها عمل القلب، وذلك غير مقدور، ولو أراد تفضيل أحدهما على الآخر في الهبة.. لا رواية لهذا في «الأصل» من أصحابنا.

وروي عن أبي حنيفة: أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل في الدين، وإن كانوا سواء فيه.. يكره.

وروي المعلى عن أبي يوسف: أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار للآخر، وإن قصد به الإضرار.. يسوى بينهم، يعطى للبنت ما يعطى الابن.

وقال محمد: يعطى للذكر ضعف ما تعطى الأنثى.

والفتوى على قول أبي يوسف.

رجل وهب في صحته كل المال لولده.. جاز ذلك قضاء [٤٦٤/ب]، ويكون آثماً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: ولو كان ولده فاسقاً، فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث.. هذا خير من تركه؛ لأن فيه إعانة على المعصية، ولو كان ولده فاسقاً.. لا يعطى له أكثر من قوته. انتهى.

ولما ذكر هبة الأب لولده.. شرع في بيان هبة الأجنبي له، فقال: (وهبة الأجنبي له)؛ أي: للطفل (تتم بقبضه لو) كان الطفل (عاقلاً)؛ لأنه نافع في حقه، وهو من أهله.

(وبقبض أبيه أو جده) أب الأب، كذا في «الخلاصة» و«قاضي خان».

أَوِ وَصِيّ أَحدهِمَا، أَو أمِّهِ إِن فِي حِجرها، أَو أَجْنَبِيٍّ يربّيهِ.

أَو بِقَبضِ زوجِ الطِّفلةِ لَهَا، وَلَو مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بعدَ الزّفافِ ....

(**أوِ وصيِ أحدهما أوِ أمه**)؛ أي: أم الطفل على الترتيب المذكور، لكن وصي الأب مقدم على الجد، على ما صرح به في «قاضي خان»؛ (**إن**) كان الطفل (**في حجرها**)؛ أي: حجر الأم، قيده بذلك لما ذكرناه في عيالها.

(**أو أجنبي يربيه**)؛ أي: يربي الطفل، وذلك بأن كان الطفل في حجره؛ لأن من كان الطفل في يده.. كان له ولاية التصرف النافع.

وقبض الهدايا، وحفظ الأموال: من قبيل النفع المحض، فيملكه من كان هو في حجره ولو أجنبياً له لا قرابة بينهما.

(**أو بقبض زوج الطفلة لها**)؛ أي: للطفلة (**ولو مع حضرة الأب بعد الزفاف**)؛ لأن الأب قد فوض أمورها إلى الزوج؛ حيث زفها إليه وهي صغيرة، وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها، وقبض الهبة: من حفظ المال.

لكن لا تبطل بذلك ولاية الأب، حتى لو قبضها الأب.. جاز ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها.

وكذا لو قبضت هي بنفسها لو عاقلة للقبض.

أطلقه: فشمل: ما إذا كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها.

وقيل: إن كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها.. لا يصح قبض الزوج هبتها، ولو بعد الزفاف.

قالوا: والصحيح: هو الأول.

واحترز بقوله: «ولو مع حضرة الأب» عما في «البزازية» عن «التجريد»: «قَبْضُ الزوج إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً»؛ لأن الصحيح أن الزوج يملك القبض مطلقاً، وحضور الأب لا يمنعه، بخلاف الأم وكل من يعولها، غير الزوج؛ فإنهم لا يملكون ذلك إلا بعد موت الأب والجد ووصيهما، حقيقة أو حكماً.

لَا قبلَهُ.

(لا قبله)؛ لأن جواز ذلك: لكونها في عياله، وإن له عليها يداً مستحقة، وذلك لا يوجد قبل الزفاف.

ومن أحكام الصبي أيضاً: أنه لا تكليف على الصبي والصبية بشيء من العبادات؛ بدنية أو مالية.. فلا تجب الزكاة في ماله.

وتجب عليه في [٤٦٥/أ] ماله: نفقة زوجته ووالديه وقنّه اتفاقاً.

واختلف في وجوب الأضحية في ماله.

والمعتمد: الوجوب، ويضحيها عنه الولي، لكنه لا يتصدق بشيء من لحمها، فيطعمه منها ما يمكن أكله، وما بقي يبتاع منه ما ينتفع بعينه.

ولو لم يكن له مال.. لا يجب على الأب أن يضحي عنه من مال نفسه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة.

واتفقوا على وجوب العشر والخراج في أرضه.

وأما الإيمان بالله تعالى.. فسيأتي بيانه في آخر كتاب المأذون.

وليس هو من أهل الولايات.. فلا يلي الإنكاح والقضاء والشهادة مطلقاً، لكنه لو خطب بإذن السلطان وصلى بالغٌ.. جاز.

وتصح سلطنته ظاهراً، ويصلح وصياً وناظراً، ويقيم القاضي مكانه بالغاً إلى بلوغه، كما في وصايا «منظومة ابن وهبان».

ويصح؛ أذانه، قيل: مع الكراهة.

وفي ظاهر الرواية: أنه لا كراهة في أذان الصبي العاقل.

ويقبل قوله في الهدية والإذن.

وتصح الإجارة له. ويمنع من مس المصحف.

وتمنع الصبية المطلَّقة أو المتوفى عنها زوجها من التزوج إلى انقضاء العدة، ولا يجب عليها العدة على الصحيح.

ويصح أمانه.

ولا يداوى إلا بإذن وليه.

وإذا أهدي له شيء من المأكولات.. يباح أكل أبويه منه، على ما روي عن محمد.

وقال في «الأشباه» نقلاً عن «الملتقط»: لا يأكل منه بلا حاجة.

ويصح توكيله إذا كان يعقل العقد، ولو محجوراً.

ولا ترجع الحقوق إليه في نحو بيع، بل لموكله.

ولا يصح الخصومة منه، إلا أن يكون مأذوناً، كذا في «الأشباه» نقلاً عن «الملتقط».

ويحصل بوطئه التحليل إذا كان مراهقاً.

ويملك المال بالاستيلاء كالبالغ.

والتقاطه كالتقاط البالغ.

ويجب رد سلامه.

ويصح إسلامه وردته، ولا تقبل لو ارتد بعد إسلامه.

وتحل ذبيحته بشرط أن يعقل التسمية.

ويؤكل الصيد برميه إذا سمى.

ويجوز دخوله على الأجنبية من النساء إلى خمسة عشر سنة، على ما في «الأشباه» عن «الملتقط».

ولا يقع طلاقه وعتقه.

ويحجر مما يضر من الأقوال.

وتثبت حرمة المصاهرة بوطئه إن كان ممن يشتهي النساء، وإلا.. فلا.

ولا يدخل في القسامة والعاقلة.

وإن وجد قتيل في داره، ولا يعرف قاتله.. فالدية على عاقلته.

ولا جزية عليه.

ولا يدخل في الغرامات السلطانية؛ كالنساء.

واختلف في تحليفه.. ففي سابع قضاء «البزازية»: لا يحلف الصبي المأذون عند نصير؛ لأنه [٤٦٥/ب] لا يحنث.

ولا يلزمه الدين إلا بإقرار وبينة، وعلماؤنا على أنه يحلف، وبه نأخذ، واختار في «الأشباه» قول نصير، نقله عن «العمدة».

ويقام التعزير عليه تأدباً.

وتتوقف عقوده المترددة بين النفع والضر على إجازة وليه.

ويصح قبضه للهبة لو كان يعقل كما عرفت.

ولا يتوقف من أقواله ما يمحض ضرراً، ومنه: إقراضه واستقراضه لو كان محجوراً؛ فإنه لو أقرضه أحد.. فما بقي عينه: فلمالكه أن يسترده على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

ولو لم يبق عينه.. لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد مطلقاً.

وقال أبو يوسف: لو أنفقه أو أتلفه.. يضمن، لا لو تلف بنفسه وفاقاً.

وكذا لو أتلف الصبي المحجور وديعة عنده.. لا يضمن عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ولو استهلك مال الغير من غير سابقة الإيداع أو الإقراض.. يضمن بالإجماع.

وَصَحَّ هبةُ اثْنَيْنِ لِوَاحِدٍ دَاراً، لَا عَكْسُه.

خلافاً لَهما.

ولو قبل الوديعة بإذن وليه واستهلكه.. يضمن بالإجماع أيضاً.

هذا تفصيل ما قالوا: يضمن الصبي ما أتلفه.

وكفالته باطلة ولو عن أبيه، وصحت له وعنه مطلقاً، وتفصيله في «العمادي».

(**وصح هبة اثنين لواحد داراً**)؛ لأن المقتضي - وهو العقد - موجود، والمانع - وهو الشيوع - منتف.

لأن الشيوع؛ إما أن يكون بالتسليم أو القبض، وهما سلماها له جملة، وهو قد قبضها جملة.. فلا شيوع أصلاً.

(**لا عكسه**)؛ أي: لا تصح هبة واحد لاثنين داراً بينهما؛ لأنه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت هذه الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما.. جاز بالاتفاق، ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة.. لما جاز، فينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه على حدة، وهو شائع، فيكون القبض ناقصاً كما في هبة نصيبه الشائع لشريكه أو معدوماً؛ إذ قبض الشائع لا يتصور.. فلا يجوز مطلقاً.

سواء كان الواهب نص على نصيب كل واحد منهما ابتداء، أو متساوياً، أو متفاضلاً؛ بأن قال: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها.

أو قال: وهبت لك ثلثها، ولهذا ثلثيها.

أو بعد الإجمال؛ بأن قال: وهبت لكما هذه الدار؛ لك نصفها، ولهذا نصفها.

أو لم ينص على نصيب واحد منهما أصلاً؛ إذ الشيوع حاصل في الكل.. فلا يجوز، هذا عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ حيث جوّزا العكس لهما أيضاً.

لهما: أن هذه هبة الجملة منهما؛ لاتحاد التمليك، ولا شيوع في هبة الجملة، فصار كما إذا رهن من رجلين، بل أولى؛ لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في

الهبة، حتى لا يجوز الرهن في [٤٦٦/أ] مشاع لا يقسم دون الهبة.

ولو رهن من رجلين.. جاز، فهذا أولى، ولأن الشيوع لم يوجد إلا من أحد الطرفين؛ أي: طرف الموهوب له.. فلا يفسد؛ إذ ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة، فصارت كالمسألة الأولى.. فتجوز.

إلا أن محمداً لم يفرق بين:

أن ينص الواهب على نصيب كل واحد منهما ابتداء أو بعد الإجمال؛ متساوياً كان نصيب كل منهما؛ بأن قال: لك نصفها ولهذا نصفها، أو متفاصلاً بأن قال: لك ثلثها ولهذا ثلثها.

وبين: أن لا ينص في القول بالجواز.

كما لم يفرق أبو حنيفة بينهما في عدم الجواز على ما ذكرناه.

وفرق أبو يوسف بينهما وقال: إنه إذا لم ينص.. يجوز، وإذا نص بالتفصيل؛ بأن قال: ثلثها لك وثلثيها لهذا.. لم يجز؛ إذ بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض، فيتحقق الشيوع.

ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض.

وإذا نص بالتنصيف؛ بأن قال: لك نصفها ولهذا نصفها.. ففيه عن أبي يوسف روايتان؛ في رواية: لا يجوز، وفي رواية: يجوز؛ لأنه نص على ما يقتضيه مطلق العقد.. فلا يفسد؛ لأن مطلق العقد يقتضي التنصيف، فأمكن تصحيحه؛ بأن يجعل مجازاً عن الموجب، فيجعل مجازاً عن العقد.. فلا يفسد.

بخلاف ما إذا نص على التفاضل بالثلث والثلثين؛ لأن مطلق العقد لا يقتضيه.. فلا يمكن جعله مجازاً عن موجبه.. فيقتضي شيوعاً في العقد بالضرورة.

وقيل: إنما جوز أبو يوسف في النص بالتنصيص: فيما إذا أجمل أولاً، ثم فصل على التنصيف؛ بأن قال: وهبت لكما هذه الدار؛ نصفها لك ونصفها لهذا؛ لأن

التنصيف لم يخالفه الإجمال، فيكون لغواً في الكلام.. فلا يوجب الفساد.

وأما إذا فصل أولاً من غير إجمال؛ بأن قال: وهبت نصف هذه الدار لك، ونصفها الآخر لهذا.. لا يجوز عنده أيضاً، كذا في «الزيلعي».

ثم الجواب لأبي حنيفة عن قولهما:

أن حكم الرهن: الحبس، ولا شيوع فيه، بل يثبت لكل واحد منهما كملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما.. لا يسترد شيئاً من الرهن.

وأن ثبوت الملك مشاعاً في طرف الموهوب له يقتضي ثبوت التمليك مشاعاً أيضاً في طرف الواهب؛ لأن الملك: حكم التمليك، والحكم يثبت بقدر دليله، وقولهما ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة.

قلنا: مسلم، لكن نقصان القبض أيضاً مانع [٤٦٦/ب]، والمانع ليس بمنحصر فيه.

ألا ترى: أن رجلين لو وهبا لرجلين على أن نصيب أحدهما لأحدهما بعينه، ونصيب الآخر للآخر.. لا يجوز بالإجماع.

وليس على الوجهين مؤنة القسمة، وإنما لم يجز.. لمانع نقصان القبض، فكذا فيما نحن فيه.

أطلق الاثنين، فشمل: الأولاد والأجنبي، لكنه لا بد أن يكون الأولاد كبيرين؛ لما في «قاضي خان»: ولو وهب داراً لابنين له؛ أحدهما صغير في عياله.. كانت الهبة فاسدة عند الكل.

بخلاف ما لو وهب لابنين كبيرين وسلم إليهما جملة.. فإن الهبة جائزة في قول أبي يوسف ومحمد.

أما إذا كان أحدهما صغيراً، فكما وهب.. يصير الأب قابضاً حصة الصغير، فيتمكن الشيوع وقت القبض، فتفسد.

بخلاف الكبيرين؛ فإن الشيوع فيهما لم يوجد: لا وقت العقد، ولا وقت القبض. هكذا ذكره.

وقال في «البزازية»: وهب داراً لابنين له، أحدهما: كبير والآخر: صغير؛ إن قبض الكبير.. جازت.

وذكر بعده: أنها باطلة.

وهو الصحيح؛ لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة؛ كقيام قبض الأب مقام قبضه، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول، فسبقت هبة الصغير، فتمكن الشيوع.

والحيلة: أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما، هكذا ذكره الأنقروي في «فتاواه».

وقال في «حاشيته»: يفهم منه: جواز الهبة لولديه الصغيرين، كذا حرره جوى زاده.

وقال في «قاضي خان»: رجل وهب من رجل داراً، وسلم، فاستحق نصفها.. بطلت الهبة في الباقي. انتهى.

لا يقال هذا مخالف لما تقرر: «أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بالاتفاق» لأنا نقول: أن الشيوع الحاصل بالاستحقاق: ليس شيوعاً طارئاً، بل شيوع مقارن وقت القبض؛ لأن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة.. كمان مستنداً إلى ما قبل الهبة، فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها، وقد تقدم أيضاً.

وذكر في «قاضي خان» أيضاً: لو وهب في مرضه داراً، وليس له مال سوى الدار، ثم مات ولم يجز الورثة هبته.. بقيت الهبة في ثلثها، وتبطل في الباقي.

والأصل فيه أيضاً: ما ذكرناه: من «أن الشيوع الحاصل بالاستحقاق ليس شيوعاً طارئاً، بل شيوع مقارن».

وذكر فيه أيضاً: لو وهب داراً بما فيها من المتاع وسلم، ثم استحق المتاع.. ذكر في «الزيادات»: أن الهبة لا تبطل في الدار.

وذكر ابن رستم: أن هذا قول محمد؛ أما على قول أبي يوسف [٤٦٧/أ]: لو استحق وسادة منها.. تبطل الهبة في الدار؛ لأن موضع الوسادة من الدار لم يقبض.

بخلاف ما لو وهب أرضاً فيها زرع مع زرعها، ثم استحق الزرع.. بطلت الهبة في الأرض عند الكل، والزرع لا يشبه المتاع؛ لأن اتصال الزرع بالأرض أشد من اتصال المتاع بها.

ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها، ثم استحق الطعام.. بطلت الهبة في قول أبي يوسف في «القنية».

وقال ابن رستم: وهذا قول أبي حنيفة.

و قال محمد: لا تبطل الهبة في السفينة.

لأبي يوسف: أن موضع الطعام من السفينة لم يقبض؛ لكونه مشغولاً بما ليس بهبة.. فلم تصح هبة السفينة.

ويؤيد قول أبي يوسف: ما ذكروه: رجل وهب داراً فيها متاع للواهب، أو جوالق، أو جراباً فيها طعام الواهب، وسلّم.. لا يجوز؛ لأن الموهوب مشغول بما ليس بهبة.

بخلاف ما لو وهب المتاع والطعام دون الجوالق والدار، وسلم.. جاز؛ لأن الموهوب حينئذ غير مشغول بما ليس بهبة، بل هو شاغل بما ليس بهبة، وكون الموهوب شاغلاً لغيره ليس بمفسد، وإنما المفسد: كونه مشغولاً بغيره؛ لأنه هو المانع لتمام القبض، لا لكونه شاغلاً.

ولو وهب كرماً أو أشجاراً مغروسة على الأراضي الأميرية أو الوقف لولده الكبير أو الأجنبي بغير أن يفرغ الأرض للموهوب له بإذن صاحب الأرض.. لا يجوز.

وَصَحَّ تصدُّقُ عَشَرَةٍ على فقيرَينِ، وهبتُها لَهما.

وَلَا تصحَّانِ لغَنِيَّيْنِ.

خلافاً لَهما.

بخلاف ما لو هب تلك الأشجار أو الكرم لولده الصغير بغير أن يفرغ الأرض له.. جاز.

وبخلاف ما لو وهب الدار المبنية على أرض الوقف أو الأميرية بغير إذن المتولي وصاحب الأرض.. فإنه يجوز، كما أفتى به مشايخ الإسلام.

(**وصح تصدق عشرة على فقيرين وهبتها لهما، ولا تصحان لغنيّين**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، هذا في رواية «الجامع الصغير»؛ حيث جعل كل واحد من الصدقة والهبة مجازاً عن الآخر؛ جعل الهبة للفقيرين: صدقة، والصدقة على الغنيين: هبة؛ لعلاقة: أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض، فجازت الاستعارة.

وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم، حتى أجاز الصدقة على اثنين، ولم يجوز الهبة لهما؛ حيث جعلها مجازاً عن الصدقة.

ووجه الفرق: أن الصدقة يُبتَغَى بها وجه الله تعالى، وهو واحد معلوم، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة، فتكون تمليكاً من اثنين.. فلا تجوز.

ولهذا: لو أوصى ثلث ماله للفقراء [٤٦٧/ب] المجهولين.. جاز، ولو أوصى به للأغنياء المجهولين.. لا يجوز.

وفي رواية «الأصل»: سوى بينهما في الحكم؛ حيث قال عقب ذكر الهبة: وكذلك، فالشيوع كما يمنع الهبة.. يمنع الصدقة أيضاً؛ لأن كل واحد منهما مبني على القبض الكامل، والشيوع يمنعه فيهما.. فلا يجوز تصدق عشرة على فقيرين، ولا هبتها لهما؛ كما لا يجوزان على غنيين في رواية؛ لما ذكرناه.

ففي المسألة: روايتان؛ رواية «الجامع الصغير»، ورواية «الأصل». كذا في «الهداية».

وقال الحاكم: يحتمل أن يكون مراده في «الأصل» من قوله: «وكذلك الصدقة على الغنيين»، فيكون مجازاً عن الهبة، فعلى هذا: ليس في المسألة روايتان.

وفي «النهاية»: الظاهر: أن في المسألة روايتين.

وقيل: الصحيح: رواية «الجامع الصغير».

وهذا كله على قول أبي حنيفة.

وقالا: الهبة على شخصين جائزة على ما سبق، والصدقة أولى.

* * *

(بَابُ الرُّجُوعِ فِيهَا)

يَصحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا كلًّا أَو بَعْضاً، وَيُكرَهُ.

وَيمْنَعُ مِنْهُ: حُرُوف «دمع خزقه».

فالدالُ: الزِّيَادَةُ، الْمُتَّصِلَةُ، ....

(بَابُ الرُّجُوعِ فِيهَا)

أي: في الهبة.

(صح الرجوع فيها كلًّا أو بعضاً)؛ لأنها عقد تبرع، وثبوت الملك به للموهوب له، غير لازم، فيصح الرجوع ما لم يمنع مانع من الموانع التي سيأتي بيانها؛ حتى لو قال الواهب: أسقطت حقي في الرجوع.. لا يسقط حقه، وله الرجوع بعده متى شاء، ما لم يوجد أحد الموانع المذكورة.

(ويكره)؛ لقوله لقوله ﷺ: «العائد في الهبة كالكلب [يعود] في قيئه»، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، ولذا كان مكروهاً.

(ويمنع منه)؛ أي: من الرجوع، هذا شروع في بيان الموانع عن الرجوع، وهي سبعة على ما جمعه (حروف: دمع خزقه).

١- (فالدال: الزيادة المتصلة)؛ أي: الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة؛ كالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك.

ولو زاد من حيث السعر.. فله الرجوع؛ لأنه لا زيادة في العين، فلا يلزم من رجوعه إبطال حق الموهوب له، وهو المانع.

وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة؛ كما إذا طال الغلامُ الموهوبُ في يد الموهوب له؛ لأنه نقصان في الحقيقة.. فلا يمنع الرجوع. كذا في «الزيلعي».

ويخالفه ما في «قاضي خان»: ولو وهب عبداً صغيراً فثبت وصار رجلاً طويلاً.. لا يرجع الواهب فيه؛ لأن الزيادة في البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة. انتهى.

ففي المسألة روايتان.

وفي «فتاوى شيخ الإسلام الأنقروي» نقلاً عن قاضي ظهير: ولو زادت [٤٦٨/أ] الهبة في يدها خيراً، ثم ذهبت الزيادة.. كان للواهب أن يرجع في هبته.

وفي «البزازية»: لو كان الموهوب نحيفاً فسمن، أو كان قبيحاً فحسن.. لا يرجع الواهب.

ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل.. اختلفوا فيه:

ففي «المنتقى»: أنه عند أبي حنيفة ومحمد: ينقطع الرجوع.

وعند أبي يوسف: لم ينقطع؛ لأن الزيادة لم تحصل في العين، فصار كزيادة السعر.

ولهما: أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل.. فبطل.

بخلاف نفقة العبد؛ لأنه لا ببدل - وهو المنفعة والمؤونة بلا بدل - فيكون مضراً.

ولو وهب عبداً كافراً فأسلم في يد الموهوب له، أو عبداً حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له.. لا يرجع.

ولو كانت الجناية خطأً ففداه الموهوب له.. لا يمنع الرجوع، ولا يسترد منه الفداء.

ولو علّم الموهوب له العبدَ الموهوبَ القرآن أو الكتابة أو الصنعة.. لم يمنع الرجوع؛ لأن هذه ليست بزيادة في العين، فأشبهت الزيادة في السعر. كذا في «الزيلعي».

وذكر في «قاضي خان»: إذا وهب المولى العبد المديون من صاحب دينه.. بطل دينه.

وكذا: لو كان على العبد جناية خطأ، فوهب المولى ذلك العبد لولي الجناية.. بطلت الجناية.

وفي الصورتين: يكون للواهب أن يرجع في هبته استحساناً؛ لأن كلًّا من بطلان الدين والجناية ليس بزيادة في العين.

ثم إذا رجع المولى في هبة العبد.. لا يعود الدين والجناية في قول محمد، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وفي القياس: لا يمنع رجوعه في الهبة، وهو رواية الحسن عن أبي [حنيفة]، والمعلى عن أبي يوسف، وهشام عن محمد.

ولو وهب الأمة من زوجها.. بطل النكاح؛ فإن رجع بعده.. صح رجوعه؛ لأن هذا ليس بزيادة، ثم لا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية.

وعلى قول أبي يوسف: إذا رجع المولى في الهبة.. يعود الدين والجناية.

وفي عود النكاح: روايتان عنه:

في رواية: يعود.

وفي رواية: لا. هكذا ذكره في «قاضي خان».

ثم قال: تعليم الموهوب له القرآن أو الكتابة أو الصنعة أو شيئاً من الحروف.. يمنع الرجوع.

وعلى قول زفر: لا يمنعه، وهو رواية عن محمد، رواه في «المنتقى».

وعن أبي حنيفة: فيه روايتان. انتهى.

فعلى هذا: ما ذكره «الزيلعي» هو قول زفر.

كالبناءِ وَالْغَرْسِ وَالسِّمَنِ.

ولو وهب تراباً، فبله الموهوب له بالماء.. بطل حق [٤٦٨/ب] الواهب في الرجوع؛ لأن اسم التراب قد زال بالزيادة فيه، فصار شيئاً آخر.

بخلاف ما إذا وهب سويقاً، فبله الموهوب له بالماء.. فإنه لا يبطل حق الواهب في الرجوع؛ كما لو وهب حنطة فبلها الموهوب له.

وهب عبداً فمرض العبد عند الموهوب له، فداواه حتى صح.. كان للواهب أن يرجع؛ لأن هذا ليس بزيادة في العين، وفي التقييد بالزيادة: إشارة إلى أن النقصان لا يمنع الرجوع.

ولذا قال في «قاضي خان» وغيره: لو وهب شجرة لرجل بأصلها، فقطعها الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع فيها، وفي مكانها من الأرض على الصحيح، وعللوه: بأن القطع نقصان.. فلا يمنع الرجوع.

ولو أنه جعل الشجرة أبواباً أو جذوعاً.. لا يرجع؛ لأنه زيادة.

وروي: أنه يرجع في الجذوع؛ معللاً: بأنه ليس بزيادة، بل نقصان؛ كما لو جعله حطباً.. فإنه يرجع فيه؛ لأنه نقصان، وهكذا في كل ما كان نقصاناً.

(**كالبناء والغرس والسمن**)، وهذا لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب، والزيادة ليست بموهوبة.. فلا رجوع فيها، والفصل متعذر ليرجع في الأصل دون الزيادة، فامتنع أصلاً، وبطل حق الواهب؛ لأن حقه في الأصل فقط، وحق الموهوب له في الأصل والزيادة، فكان مراعاته أولى.

والمراد بالبناء والغرس ههنا: ما كان يوجب زيادة في الأرض، وإن كان لا يوجبها.. لا ينقطع حق الرجوع.

وإن كان يوجب في قطعة منها؛ بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة في الأرض كلها.. امتنع الرجوع في تلك القطعة فقط. كذا في «الزيلعي».

لَا الْمُنْفَصِلَةِ.

وجعل في «قاضي خان» الحُسْنُ من قبيل السمن؛ حيث قال: لو كان العبد نحيفاً فسمن، أو قبيحاً فحسن.. لا يرجع الواهب.

ثم قال: رجل وهب داراً، فبنى فيها الموهوب له، أو جصّصها، أو طينها، أو جعل فيها مغتسلاً، أو بنى في طائفة منها بناء، أو غرس شجراً.. فلا رجوع في شيء من ذلك عندنا.

وقال ابن أبي ليلى: له أن يرجع في جميع ذلك. وهذا إذا كان البناء يعد زيادة عرفاً.

وإن كان لا يعد زيادة كالآريّ في البيت والتنور في الكاشانة.. لا يمنع الرجوع.

وإن كانت ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر أو خاطه.. لا يرجع الواهب للزيادة.

ولو قطعه ولم يخط.. كان له أن يرجع.

وإذا صبغه أسود.. قالوا: عند أبي حنيفة: له أن يرجع، وعند [٤٦٩/أ] صاحبيه: لا يرجع.

وقيل: هذا إذا كان السواد لا يعد زيادة، وإن كان يعد زيادة تزداد قيمته بذلك.. لا يرجع عند الكل.

وإذا قصر الموهوب له الثوب الموهوب.. لا يرجع الواهب.

بخلاف ما لو غسله؛ لأن القصارة زيادة متصلة لا الغسل.

وفي «الإملاء»: له أن يرجع في القصارة أيضاً.

ولو نقط الموهوب له المصحف الموهوب.. لا يرجع الواهب، وكذا الكتب؛ لأن النقط زيادة.

(لا المنفصلة)؛ كالولد من الحيوان أو الجارية؛ من نكاح كان أو سفاح، والإرش والعقر.. فإن الواهب يرجع في الأصل دون الزيادة؛ لإمكان الفصل، حتى

وَالْمِيم: موتُ أحدِ الْعَاقِدينِ.

لو ولدت الأمة الموهوبة في يد الموهوب له.. كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال دون الولد. عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يرجع في الأم حتى يستغني الولد عنها، ثم يرجع بعد الاستغناء في الأم دون الولد. كذا في «قاضي خان» و«البزازية».

وعن أبي حنيفة: أن الولادة تمنع الرجوع في الأمة.

وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب في البيع دون الرجوع في الهبة، والمتصلة: بالعكس.

وأجيب: بأن الرد:

في المنفصلة؛ إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً، أو على الأصل وحده.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الزيادة؛ إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية، والأول لا يصح؛ لأن العقد لم يرد عليها، والفسخ يرد على مورد العقد.

وكذلك الثاني؛ لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة.

ولا إلى الثاني أيضاً؛ لأنه تبقى الزيادة في يد المشتري مجاناً، وهو ربا.

بخلاف الرجوع في الهبة؛ فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً.. لم تفض إلى الربا.

وأما في المتصلة؛ فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت الزيادة على ملكه - وهو المشتري - فكان فيه إسقاط حقه برضاه، فلا تكون الزيادة مانعة عنه، بخلاف الرجوع في الهبة؛ فإن الرجوع ليس برضا من ذلك، ولا باختياره.. فكانت مانعة.

٢- (**والميم: موت أحد العاقدين**)؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب.. فلا يرجع عليهم؛ كما إذا انتقل إليهم في حال حياته، ولأن تبدل الملك كتبدل العين، وبموت الواهب يبطل خياره؛ لأنه

وَالْعينُ: الْعِوَضُ الْمُضَافُ إِلَيْهَا إِذا قُبِضَ؛ نَحْو: خُذْ هَذَا عِوَضاً عَن هِبتِكَ، أَو بَدَلاً عَنْهَا، أَو فِي مقابلتِها وَلَو كَانَ من أَجْنَبِيٍّ.

وصف له، وهو لا يورث؛ لعدم بقاء [٤٦٩/ب] الأعراض، فصار كخيار الرؤية والشرط على ما تقدم.

٣- (**والعين: العوض المضاف إليها**)؛ أي: إلى الهبة وقت العقد؛ لأن العوض المسقط للرجوع: هو العوض المضاف إلى الهبة وقت العقد.

وأما العوض المتأخر عن وقت العقد.. فلا يسقط الرجوع ولو كان مضافاً إلى الهبة.

(**إذا قبض**)؛ أي: لا يرجع الواهب في هبته إذا قبض العوض.

وأما قبل قبضه.. فله حق الرجوع.

بقي شرط العوض في الهبة: هو القبض والإفراز؛ كما في نفس الهبة.

(**نحو خذ هذا عوضاً عن هبتك، أو بدلاً عنها، أو في مقابلتها**) أو في مكانها، أو قال: كافأتك، ونحوها.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها» أي: ما لم يعوض.

(**ولو**) وصلية (**كان**)؛ أي: العوض (**من أجنبي**)؛ لأن الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالماً له من قبل، بل هو لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي أيضاً، كما صح بدل الخلع والصلح عن دم العمد من الأجنبي.

بخلاف ما لو كان فيه دخول ملك لم يحصل قبله؛ حيث لا يجوز من الأجنبي، وقد تقدم في صلح الفضولي.

ثم الأجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وإن كان بأمره؛ لأنه لم يؤد عنه واجباً عليه يرجع عليه؛ لأن العوض ليس بواجب على الموهوب له.

بخلاف قضاء الدين؛ فإن الأجنبي إذا قضى دينه بأمره.. يرجع عليه؛ لأن الدين: ثابت على المديون واجب في ذمته، وقد أمره بأن يسقط مطالبته عنه، فيكون أمراً بأن

فَلَو لَم يضفْ.. فَلِكُلٍّ أَنْ يرجِعَ فِيمَا وَهَبَ.

وَالْخَاء: الْخُرُوجُ عَن مِلْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ.

وَالزَّاي: الزَّوْجِيَّةُ وَقتَ الْهِبَة.

فَلهُ الرُّجُوعُ لَو وهبَ ثمَّ نكحَ، ....

يملكه ما كان للطالب وهو الدين، فصار كما لو أمره أن يملكه عيناً، إلا أن يقول الموهوب له للأجنبي: عوّض عني فلاناً، على أني ضامن لك.. فحينئذٍ يرجع الأجنبي عليه.

كما لو قال لغيره: أطعم في كفارتي، أو قال: أدّ زكاة مالي، أو قال: هب لفلان عبدك هذا عني.. فإن المأمور في هذه الصور يرجع على الآمر: فيما إذا قال الآمر: على أني ضامن. كذا في «قاضي خان».

ثم يشترط:

أن يكون العوض معلوماً؛ لأنه تمليك مبتدأ.

وأن لا يكون بعضَ الموهوب، وإلا.. لا يجوز؛ مثل: أن يكون الموهوب [داراً]، والعوض بيت منها، أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها.. فإنه حينئذ لا ينقطع حق الرجوع للواهب؛ لعدم صحة التعويض. كذا في «قاضي خان» و«العناية» وسيأتي في الكتاب أيضاً.

(**فلو لم يضف**) العوض إلى الهبة (**.. فلكل**) من الواهب والموهوب له (**أن يرجع فيما وهب**) له؛ لأنه حينئذ كان العوض [٤٧٠/أ] بيعة مبتدأة لا عوضاً عن الهبة الأولى.

٤- (**والخاء: الخروج عن ملك الموهوب له**)؛ لأن بالإخراج عن ملكه تبدل ملكه، وتبدل الملك كتبدل العين، فصار كعين أخرى، ولأن الإخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب، فلا يتمكن من نقض ما تمَّ من جهته.

٥- (**والزاي: الزوجية وقت الهبة، فله**) أي: للواهب (**الرجوع لو وهب ثم نكح**)؛ لعدم الزوجية وقت الهبة.

لَا لَو وَهَبَ ثمَّ أَبانَ.

وَالْقَاف: الْقَرَابَةُ، فَلَا رُجُوعَ فِيمَا وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ محرمٍ.

(لا) أي: لا يرجع (لو وهب) لزوجته (ثم أبان)؛ لأن مقصود كل منهما بالهبة للآخر: الصلة والتوادد دونه العوض؛ كما في القرابة المحرمة، وقد حصل المقصود.. فلا يرجع بعد حصول المقصود.

بخلاف الهبة للأجنبي؛ لأن المقصود منها: العوض، فله الرجوع قبل حصول مقصوده.

والنكاح بعد الهبة لا يكون عوضاً حتى يمنع الرجوع.

ولو أبان زوجته، ووهبت الزوجة مهرها الذي في ذمة زوجها المطلق لزوجها.. لا يرجع أيضاً وإن لم توجد الزوجية وقت الهبة؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين: إبراء، فلا يرجع؛ لأن هبة الدين لمن عليه الدين، لا يصح الرجوع عنها. كما في «فتاوى ابن نجيم».

٦- (والقاف: القرابة، فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم)؛ لقوله ﷺ: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.. لم يرجع فيها»، ولأن المقصود منها: صلة الرحم، وقد حصل، وفي الرجوع: قطعه، فلا يجوز؛ سواء كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، أو كانا مسلمين أو كافرين؛ كالعتق بالملك.

ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي.. يرجع فيها عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يرجع في الأولى، ويرجع في الثانية؛ لأن الملك يقع للمولى، فكان المعتبر هو المولى.

وله: أن الهبة تقع للمولى من وجه: وهو ملك الرقبة، والعبد من وجه: وهو ملك اليد، ألا ترى: أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته.. فباعتبار أحد الجانبين: يلزم فيها، وباعتبار الجانب الآخر: لا يلزم فيهما، فلا يلزم بالشك.

ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما، والصلة الكاملة: هي المانعة من الرجوع، فلا تتعدى.

ولو كان كل من العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب.. ذكر الكرخي عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع؛ لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة.

وقال الهندواني: ليس له أن يرجع في قولهم؛ لأن الهبة لأيهما وقعت.. تمنع الرجوع.

وقال في «قاضي خان»: وهو الصحيح؛ معللاً بأن المقصود من هذه الهبة: صلة الرحم في [٤٧٠/ب] جانب العبد والمولى جميعاً، وقد حصل.

ثم قال فيه: وكذا لو كان العبد عَمّاً للواهب، ومولاه خاله، فوهب شيئاً للعبد.. قال محمد: في قياس قول أبي حنيفة: للواهب أن يرجع.

قال محمد: وهذا قبيح.

ولو وهب للمكاتب، وهو ذو رحم محرم منه؛ فإن أدّى الكتابة وعتق.. لا يرجع في قولهم؛ لأن الملك استقر له، فيكون حينئذ حقه صلة من كل وجه باعتبار العقد وحكمه.

وإن عجز وردَّ إلى الرق.. فعند محمد: لا يرجع؛ لأن الكسب كان للمكاتب، ثم انتقل إلى المولى عند العجز، وانتقال الملك يمنع الرجوع.

وعند أبي يوسف: يرجع؛ لأنه بالعجز: يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة.

ولو كان المكاتب أجنبياً، ومولاه قريب الواهب؛ فإن عتق المكاتب.. رجع؛ لأن الملك وقع للأجنبي، وإن عجز.. فكذلك عند أبي حنيفة؛ بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه. على ما تقدم آنفاً.

وَالْهَاءُ: هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ.

وَالْقَوْلُ فِيهِ: قَولُ الْمَوْهُوب لَهُ.

وَفِي الزِّيَادَةِ: قَولُ الْوَاهِبِ.

قوله: «ذي رحم محرم» احتراز عن المحرم بغير الرحم كالرضاع ونحوه؛ فإن الهبة منه لا تمنع الرجوع. هذا كله في الهبة الصحيحة.

وهل يرجع في الهبة الفاسدة؟

ففي «العمادية»: إذا وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه.. قال: له الرجوع؛ سواء أفاد الهبة الفاسدة الملك بالقبض أو لا. وبه يفتي.

٧- (**والهاء: هلاك الموهوب**) ولو بالبيع والهبة ونحوهما؛ لأن بالهلاك تعذر الرجوع؛ إذ هو غير مضمون عليه.

(**والقول فيه**) – أي: في الهلاك – (**قول الموهوب له**)؛ أي: لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة، والواهب ينكره.. فالقول قول الموهوب له من غير يمين، على ما في «قاضي خان».

وهذا؛ لأنه ينكر وجوب الرد عليه، والواهب يدعي وجوب الرد عليه حقيقة، والأصل: براءة الذمة.. فكان القول قول الموهوب له، فكان يشبه المودع في دعوى الهلاك على ما تقدم.

(**وفي الزيادة: قول الواهب**)؛ يعني: لو ادعى الموهوب له: أن الموهوب زاد في يده زيادة متصلة، وأنكره الواهب.. فالقول قول الواهب؛ لأن الموهوب له يدعي بطلان حق الرجوع، والواهب ينكره.. فالقول له.

أطلق في «الزيادة»، وليس بمطلق؛ لما في «قاضي خان»: رجل وهب لرجل جارية، فأراد الواهب أن يرجع فيها، فقال الموهوب له: وهبتها صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، وقال الواهب: لا، بل وهبتها لك.. كان القول للواهب.

وكذا في كل زيادة متولدة.

وأما في البناء والخياطة ونحوها.. كان القول قول الموهوب له. هكذا ذكره.

ثم قال: رجل [٤٧١/أ] في يديه دار، قال لرجل: تصدقت بها علي وأذنت لي في قبضها وقبضتها، وقال المتصدق: [لا]، بل قبضتها بغير إذني.. كان القول للمتصدق.

ولو قال الذي في يده الدار: كانت في يدي فتصدقت علي، وقال المتصدق: لا، بل كانت في يدي وقبضتها بغير إذني.. كان القول قول المتصدق عليه.

ولو ادعى رجل عبداً في يد غيره، وزعم أنه كان وهبه للذي في يديه، وكان العبد غائباً منهما، فقبضه الموهوب له بغير إذنه، وقال الموهوب له: وهبته إلي وقبضته بإذنك.. كان القول للموهوب له.

وإن قال الموهوب له: حين وهبته لي كان في منزلك لا بحضرتنا، فأمرتني بقبضه فقبضته.. لا يصدق.

ولو قال المدعي: وهب لك والدي ولم تقبضه إلا بعد موته، وقال الموهوب له: قبضته في حياته؛ فإن كان العبد في يد الذي يدعي القبض في حياته.. كان القول للوارث.

ولو اختلف الواهب والموهوب له عند رجوع الواهب، فقال الواهب: كانت هبة، وقال الموهوب له: كانت صدقة، ولا رجوع لك.. كان القول قول الواهب.

وقال في «التاتارخانية»: إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو: إنما تصدقت به علي، وكذبه الواهب.. فالقول قول الواهب. استحساناً.

والقياس: أن يكون القول قول الموهوب له.

وكذا القياس - فيما إذا كانت الهبة جارية، فقال الموهوب له: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، فكذبه الواهب -: أن يكون القول للموهوب له.

فالإمام «قاضي خان»: أخذ الاستحسان في المسألتين.

وَلَو عَوَّضَ فَاسْتحقَّ نصفُ الْهِبَةِ.. رَجَعَ بِنصْف الْعِوَض.
وإِنْ اسْتحقَّ نصفُ الْعِوَضِ.. لَا يرجعُ بِشَيْءٍ حَتَّى يردَّ بَاقِيه.

(ولو عوض، فاستحق نصف الهبة.. رجع) الموهوب له (بنصف العوض)؛ لأنه لم يدفع إليه إلا ليسلم له الموهوب كله؛ فإذا فات بعضه.. رجع بقدره؛ كغيره من المعاوضات.

(وإن استحق نصف العوض.. لا يرجع) الواهب على الموهوب له (بشيء) من الهبة (حتى يرد) الواهب إلى الموهوب له (باقيه)؛ أي: باقي العوض، خلافاً لزفر؛ اعتباراً له باستحقاق نصف الهبة.

قلنا: إن العوض ليس ببدل عنه حقيقة؛ لأنه تمليك عين بلا بدل، ولأنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه في المقدرات.

ولو كان معاوضة.. لما جاز؛ للربا، وإنما أعطاه.. ليسقط عنه حق الرجوع، وما بقي من العوض بعد [٤٧١/ب] الاستحقاق: يصلح لإسقاط الرجوع.

ولهذا: لو عوضه هذا القدر ابتداء.. سقط به حق الرجوع، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له؛ فإذا لم يسلم له كله.. كان له الخيار؛ إن شاء.. رضي بما بقي، وإن شاء.. رد الباقي ورجع في الهبة كلها.

بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً في الهبة.. فإنها تتم بيعاً، فيوزع البدل على المبدل؛ فإذا استحق بعض العوض.. يرجع بما يقابله من العوض. كذا في «الأسرار».

واعلم: أن ما ذكره المصنف من قوله: «وإن استحق نصف.. لا يرجع بشيء حتى يرد إليه» هو المذكور في «الهداية» و«الخلاصة».

لكنه قال في «قاضي خان»: فإن استحق نصف العوض.. لا يرجع الواهب في شيء من الهبة، ويبطل حق الواهب في الرجوع.

فإن قال الواهب: رد ما بقي من العوض وارجع في الهبة.. ليس له ذلك.

وإِنْ اسْتحقَّ الْكلُّ.. رَجَعَ بِالْكُلِّ فيهمَا.

وعن أبي يوسف: له أن يرجع ما بقي من العوض، ويرجع في الهبة إن شاء. انتهى.

فظهر منه: أن ما ذكره المصنف: قولُ أبي يوسف.

(**وإن استحق الكل**)؛ أي: كل الهبة أو كل العوض (.. **رجع بالكل فيهما**)؛ أي: في الهبة والعوض.

تفصيله: أن الاستحقاق؛ إما إن وقع على الهبة أو على العوض، وكل وجه على وجهين:

فإن استحق جميع العوض.. كان للواهب أن يرجع في جميع الموهوب؛ لأن الهبة بقيت بلا عوض، فصار كأن لم يكن عوضه أصلاً.

وإن استحق جميع الموهوب.. كان للموهوب له أن يرجع جميع العوض؛ لعدم سلامة مقصوده له من العوض، وهو تأكد ملكه في الموهوب.

هذا إذا كان بدل المستحق قائماً.

وإن كان هالكاً.. يفترق الجواب بين استحقاق العوض واستحقاق الموهوب: **فإن استحق العوض**، والموهوب هالك.. لا يرجع على الموهوب له أصلاً؛ لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع.

وإن استحق الموهوب، والعوض هالك.. يرجع على الواهب بقيمة العوض إن كان من القيمي، وبمثله إن كان من المثلي؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض.

وحكم استحقاق البعض من كل منهما مر آنفاً.

وهل يرجع الواهب إذا وجد في العوض عيباً كما رجع في الاستحقاق؟

ففي «قاضي خان»: إذا وجد الواهب في العوض عيباً.. لم يكن له أن يرجع في شيء من الهبة؛ كان العيب فاحشاً أو لم يكن فاحشاً. انتهى.

والوجه فيه: ما ذكرناه في جواب زفر.

وَلَو عوَّضَ عَن نصفِهَا.. فَلَهُ أنْ يرجعَ بِمَا لم يعوِّضْ.

وَلَو خرجَ نصفُهَا عَن مِلْكِهِ.. فَلَهُ أنْ يرجعَ بِمَا لم يخرجْ.

وهل يرجع إذا بطل العوض؟

ففي «قاضي خان»: إذا وهب للصغير هبة، فعوض الأب أو الوصي من مال الصبي [٤٧٢/أ].. لا يجوز؛ لأنه تبرع.

وإذا بطل العوض.. كان للواهب أن يرجع في هبته؛ كما في الاستحقاق. انتهى.

(**ولو عوض عن نصفها**)؛ أي: نصف الهبة (**.. فله**)؛ أي: للواهب (**أن يرجع**) عن هبته (**بما لم يعوض**)؛ أي: له الرجوع في النصف الآخر؛ لأن حقه في الرجوع كان في الكل؛ فإذا عوضه عن بعضه.. امتنع الرجوع في ذلك البعض، وبقي حقه في الباقي على ما كان.

أطلقه؛ فشمل: ما إذا كان الموهوب له واحداً أو اثنين؛ فإنه إذا وهب رجل رجلاً شيئاً وعوض الموهوب له عن نصف الموهوب.. فللواهب أن يرجع في النصف الباقي.

فإن قيل: النصف الباقي: شائع، فكيف يصح الرجوع فيه؟

قلنا: شيوع النصف الباقي لا يمنع الرجوع على ما صرحوا به.

وفي «قاضي خان»: ويصح رجوعه في النصف الشائع، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

وكذا لو وهب رجل من رجلين عبداً مثلاً، فعوضه أحدهما عن حصته.. كان للواهب أن يرجع في حصة الآخر ولو شائعاً. كذا في «قاضي خان».

(**ولو خرج نصفها**)؛ أي: نصف الهبة (**عن ملكه**)؛ أي: ملك الموهوب له ببيع أو هبة (**.. فله**)؛ أي: للواهب (**أن يرجع**) عن هبته (**بما لم يخرج**)؛ لأن المانع من الرجوع – أعني: الهلاك – لم يوجد إلا في النصف الهالك لا الباقي.. فيرجع فيه.

وَلَا يَصحُّ الرُّجُوعُ إِلّا بتراضٍ أَو حكمِ قاضٍ.

فَلَو أعتقَ الْمَوْهُوبَ لَهُ بعدَ الرُّجُوعِ قبلَ الْقَضَاءِ وَالتَّسْلِيمِ.. ....

ثم إذا عاد النصف الخارج إلى ملك الموهوب له.. فللواهب الرجوع في ذلك النصف أيضاً.

والدليل عليه: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل وهب لرجل هبة، فقبضها الموهوب له ووهبها لآخر وسلمها إليه، ثم رجع الواهب الثاني في هبته بقضاء أو رضاء.. كان للواهب الأول أن يرجع في هبته.

(ولا يصح الرجوع) عن الهبة فيما يصح الرجوع فيها؛ أعني: ما لا يوجد فيه شيء من الموانع المذكورة.

(إلا بتراض) من الجانبين، (أو حكم قاض)؛ لأن ملك الموهوب له ثبت في العين الموهوب، فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضاء أو بالقضاء، ولأن الرجوع مختلف فيه بين العلماء؛ لاختلاف الآثار فيه، وأن في أصله وهاء، وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء.

لأنه: يحتمل أن يكون غرضه: العوض الدنيوي، فثبت له حق الرجوع.

ويحتمل أن يكون غرضه: الثواب أو إظهار الجود.. فلا يكون له حق الرجوع؛ فلا بد من الفصل بالرضاء أو القضاء.

وإلا.. فملك الموهوب له ثابت في العين؛ حتى تنفذ تصرفاته فيه من عتق وبيع [٤٧٢/ب] وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة قبل الحكم بدون اتصال الحكم.

(فلو) كان الموهوب عبداً أو أمة، و(أعتق الموهوب له) أو باعه (بعد الرجوع)؛ أي: رجوع الواهب (قبل القضاء) بالرد، ولو بعد المرافعة عند القاضي قبل اتصال القضاء به.

(والتسليم) هكذا وقع في عامة نسخ المصنف التي كانت عندنا، ولم أجده في غيره من الكتب، والصواب: إسقاطه؛ لأنه يوهم أنه لو أعتق بعد الرجوع والقضاء

نَفَذَ.

وَلَو مَنعَهُ فَهَلَكَ.. لَا يضمنُ.

قبل التسليم إلى الواهب.

(.. نفذ) عتقه، مع أنه لا ينفذ بعد القضاء؛ سواء سلمه إلى الواهب أو لا؛ لأن القضاء بالرد: فسخ، فلا يحتاج إلى التسليم والقبض.

كما لا يحتاج الرجوع بالقضاء إلى التسليم.. كذلك لا يحتاج الرجوع بالتراضي إلى التسليم؛ لكونه فسخاً أيضاً.

وحمل التسليم على معنى التراضي: بعبد نفذ عتقه وبيعه؛ لعدم خروجه عن ملكه بدون القضاء أو الرضاء.

بخلاف ما لو أعتق الواهب بعد رجوعه قبل القضاء بالرد أو الرضاء.. فإنه لا ينفذ؛ لعدم صحة رجوعه بدون القضاء أو الرضاء.

حتى لو وهب ثوباً فسلمه إليه، ثم اختلسه منه، فاستهلكه.. ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له؛ لأنه أتلف ملكه بغير رضاه، ورجوعه لا يصح قبل القضاء أو الرضاء. كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: مريض وهب له عبد، ثم رجع الواهب في الهبة، فرده المريض برضاه بغير قضاء.. جاز ذلك من الثلث؛ لأنه تملكه بالقبض.

ثم رضاه بالرد.. تبرع منه، فيعتبر من الثلث؛ فإن كان الرد بقضاء.. يجوز، ولا شيء لورثته على الواهب؛ لأنه حينئذ بمنزلة الاستحقاق بالبينة.

(ولو منعه)؛ أي: منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد الرجوع والطلب قبل القضاء، (فهلك) الموهوب عند الموهوب له قبل القضاء (.. لا يضمن) الموهوب له؛ لقيام ملكه فيه.

وكذا لا يضمن إذا هلك عنده بعد القضاء قبل المنع؛ لأن أول القبض غير مضمون، وهذا دوام عليه.. فلا يضمن.

وَهُوَ مَعَ أَحدهمَا: فسخٌ مِنَ الأَصْل.

لَا هبةٌ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ، ....

وأما لو منعه بعد القضاء والطلب.. فإنه يضمن بالهلاك ؛ لأنه حينئذ صار غاصباً؛ كما لو أخذه الواهب بعد الرجوع من الموهوب له بغير رضاه قبل القضاء، فهلك.. فإنه حينئذ يضمن الواهب. وقد تقدم من قبل.

(**وهو**)؛ أي: الرجوع في الهبة (**مع أحدهما**)؛ أي: مع واحد من القضاء أو الرضاء: (**فسخ من الأصل، لا هبة من الموهوب له**) للواهب.

وقال زفر: الرجوع بالتراضي بمنزلة عقد جديد، فيجعل بمنزلة [٤٧٣/أ] الهبة المبتدأة؛ لأن الملك عاد إليه بتراضيهما، فأشبه الرد بالعيب؛ فإنه إذا كان بالقضاء.. كان فسخاً، وإذا كان بالرضاء.. كان كالبيع المبتدأ.

ولهذا: لو رده في مرض موته برضاه.. يعتبر من الثلث.

قلنا: إن عقد الهبة انعقد موجباً حق الفسخ للواهب، وهو بالفسخ يكون مستوفياً؛ لأن العقد وقع غير لازم؛ فإذا رفع.. رجع إليه عين ملكه كالعارية، فيكون فسخاً في حق الكل، فلا يمكن أن يجعله هبة مبتدأة؛ حتى لا يشترط فيه قبض الواهب، ويصح في الشائع.

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض؛ لأن حقه فيه في وصف السلامة، لا في الفسخ.

ولهذا: لو زال العيب.. امتنع الرد؛ لوصول حقه إليه، لكن إذا لم يكن سليماً له.. فات رضاه، فيرجع بالعوض، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة، من غير أن يثبت حقه في الفسخ؛ فإذا لم يكن له حق في الفسخ.. لم يصر مستوفياً حقه، فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة.

غير أنه: إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه.. جعلناه فسخاً لعموم ولايته.

فَلَا يشْتَرطُ قَبضُهُ.

وَصَحَّ فِي الْمشَاعِ.

وإِنْ تلفَ الْمَوْهُوبُ، فَاسْتحقَّ، فضمنَ الْمَوْهُوبُ لَهُ.. لَا يرجعُ على واهبِهِ.

ولا كذلك المتعاقدان؛ لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما فقط، وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله، فلا يقدر أن يبطله باختياره، وإن أبطله.. رده عليه كيفما كان. استحساناً.

وفي القياس: أن لا يرد. كذا في «الزيلعي» نقلاً عن ابن سماعة.

(**فلا يشترط قبضه**)؛ أي: إذا كان فسخاً.. لا يشترط قبض الواهب؛ لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لافي عوده إلى مالكه، والموجود هنا: هو العود لا الانتقال، على ما ذكرناه.

بخلاف ما لو تصدق على رجل بشيء، ثم استقال المتصدق عليه فأقاله المتصدق عليه.. لم يجز حتى يقبض المتصدق؛ لأنها هبة مستقلة، فيشترط فيها القبض.

وكذا إذا وهب لذي رحم محرم.

وكل شيء [لا] يفسخه القاضي لو اختصما إليه.. كان الرجوع فيه بمنزلة الهبة المستقلة.

وكل شيء يفسخه القاضي لو اختصما إليه فأقاله الموهوب له، فهلك.. يهلك من مال الواهب وإن لم يقبضه، فالإقالة: فسخه حقيقة، فالفسخ لا يحتاج إلى القبض.

(**وصح**)، أي: الرجوع (**في المشاع**) القابل للقسمة، ولو كان هبة مبتدأة.. لما صح فيه.

(**وإن تلف الموهوب**) في يد الموهوب له، (**فاستحق، فضمن الموهوب له.. لا يرجع على واهبه**) لما ضمن ؛ لأن الهبة عقد تبرع، وهو غير عامل له، فلا يستحق

وَالْهِبَةُ بِشَرْطِ الْعِوَض:

هبةٌ ابْتِدَاءً، فَشُرِطَ الْقَبْضُ فِي الْعِوَضَيْنِ، ومنعَها الشُّيُوعُ فِي أَحدِهمَا.

بيعٌ انْتِهَاءً، فَتثبتُ الشُّفْعَةُ، وَخِيَارُ الْعَيْبِ، وَالشّرطِ والرؤيةِ فِي كلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

السلامة [٤٧٣/ب]، ولا يثبت به الغرور من جهته.

بخلاف الوديعة؛ لأن المودع عامل له.

وبخلاف المعاوضات؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة، فيكون كل واحد ملتزماً لوصف السلامة بالإقدام على العقد؛ فإذا لم يسلم له.. بقي مغروراً من جهته، فيرجع بما لحقه.

وفي «العناية» عن «الذخيرة»: أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له؛ فإن ضمن بعد الاستحقاق.. رجع على الواهب.

(**والهبة بشرط العوض**)؛ مثل أن يقول: وهبتك هذا العبد على أن تهب هذا العبد، لا أن يقول بالباء.. فإنه يكون بيعاً ابتداء وانتهاء بالإجماع. كذا في «العناية».

(**هبةٌ ابتداء، فشرط القبض في العوضين**)؛ حتى يصح الرجوع عنها قبل قبضه العوض.

(**ومنعها الشيوع**) القابل للقسمة، والمراد: الشيوع المقارن؛ لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة إلا في رواية عن أبي يوسف، على ما تقدم.

(**في أحدهما**)؛ أي: أحد العوضين.

(**بيعٌ انتهاء، فتثبت الشفعة وخيار العيب والشرط والرؤية في كل منهما**)؛ أي: كل من العوضين.

وقال زفر والشافعي: هو بيع ابتداء وانتهاء؛ لأنها بمعنى البيع: وهو التمليك بعوض، والعبرة بالمعنى دون اللفظ، ألا ترى: أن الكفالة بشرط براءة الأصيل: حوالة.

والحوالة بشرط عدم البراءة: كفالة.

وهبة الدين لمن عليه الدين: إبراء.

وبيع العبد من نفسه: إعتاق.

وهبة المنفعة بالعوض: إجارة.

والإعارة بعوض: إجارة.

قلنا: إنه اشتمل على جهتين، فيجمع بينهما ما أمكن؛ عملاً بالدليلين، فيكون:

ابتداؤه معتبراً بلفظه؛ فتجري فيه أحكام الهبة.

وانتهاؤه معتبراً بمعناه؛ فتجري فيه أحكام البيع.

فصار كالهبة في المرض؛ فإن ظاهره: تمليك في الحال، ومعناه: معنى الوصية؛ لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة، فيعتبر:

ابتداؤه بلفظه؛ حتى شرط فيه القبض ويبطل بالشيوع.

وانتهاؤه بمعناه؛ حتى ينفذ من الثلث بعد إخراج الدين؛ لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها، وقد أمكن فيما نحن فيه.

بخلاف المسائل المستشهد بها؛ فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن؛ للتضاد بين الحكمين، فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى؛ ترجيحاً لجانب المعنى.

وأما فيما نحن فيه.. فلا تضاد بين حكميها؛ لأن حكم البيع قد يكون متراخياً باشتراط الخيار لأحدهما، فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخره إلى القبض، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما مر من الموانع، فتكون موافقة للبيع.

هذا، أشار بقوله: «بشرط العوض» [٤٧٤/أ] إلى ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما: من أن تعليق الهبة بشرط ملائم.. جائز؛ لأن العوض شرط ملائم.

بخلاف التعليق بشرط غير ملائم.. فإنه لا يجوز؛ على ما سيصرح به في أول الفصل الآتي.

قال في «الخلاصة»: تعليق الهبة بالشرط: باطل إن ذكر بكلمة «إن».

وإن ذكر بكلمة «على»: إن كان ملائماً بأن شرط العوض.. صحت الهبة والشرط، وإن كان الشرط مخالفاً.. صحت الهبة وبطل الشرط؛ فلأن المراد بالشرط ههنا: هو الشرط بكلمة «على».

ولم يذكر المصنف هبة المريض.. قالوا: إن هبة المريض مرض الموت: هبة حقيقة؛ حتى لو حلف لا يَهب، فوهب في مرض موته.. يحنث، ولو حلف لا يوصي.. لا يحنث بهبته في مرض موته وصية وحكماً؛ حتى تعتبر من ثلث ماله عند عدم إجازة الورثة.

قال في «قاضي خان»: مريض وهب داره لإنسان، والدار لا تخرج من ثلث ماله، ولم تجز الورثة هبته.. فإن الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث.

وهل المعتبر: إجازة الورثة حال حياة المريض أو بعد موته؟

قلت: بعد موته؛ لما ذكره في «العمادية»: المريضة إذا وهبت مهرها من زوجها، وأجازت الورثة قبل موتها، ثم ماتت.. لا تصح الهبة؛ لأن المعتبر: هو الإجازة بعد الموت لا قبله؛ لأن الحق للورثة إنما يثبت بعد الموت. انتهى.

ولا بد أن لا يتغير المرض الذي وجدت الهبة فيه، بل يموت على ذلك المرض؛ حتى لو اشتد ذلك المرض وتغير حاله.. يعتبر ذلك مرضاً آخر، وتصح الهبة التي وجدت قبل التغير والاشتداد.

* * *

(فَصْلٌ)

وَمنَ وهبَ أَمةً إِلّا حملَهَا.

أَو على أَن يردَّهَا عَلَيْهِ.

أَو يعتقَها.

أَو يستولدَها.. صحَّتِ الْهِبَةُ، وَبَطَل الِاسْتِثْنَاءُ وَالشّرطُ.

(فَصْلٌ)

(**ومن وهب أمة إلا حملها، أو على أن يردها عليه، أو يعتقها، أو يستولدها.. صحت الهبة، وبطل الاستثناء والشرط**)؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل؛ لكونه وصفاً؛ لأنه بمنزلة أطراف الحيوانات؛ لاتصاله به خلقة، والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً؛ حتى لو وهب الحمل لآخر.. لم يصح.

فكذا إذا استثنى، فانقلب الاستثناء شرطاً فاسداً؛ لكونه مخالفاً لمقتضى العقد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة إن ذكر بكلمة «على»؛ كالصدقة والصلح عن دم العمد والطلاق والخلع. على ما ذكر في قبيل كتاب الصرف، بل يبطل الشرط وتصح الهبة.

بخلاف البيع والإجارة والرجعة وغيرها مما ذكر في ذلك المحل؛ لأنها تبطل بالشروط الفاسدة.. فيبطل فيها العقد.

وبخلاف تعليق الهبة [٤٧٤/ب] بشرط ملائم كشرط العوض؛ فإن الشرط والعقد صحيح. على ما تقدم.

فإن قيل: ما الفرق بين الحمل ونحوه، وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع؛ حيث إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزه واللبن بحلبه، وقبض الموهوب له.. فإنه جائز استحساناً على ما تقدم، دون الحمل ونحوه؟

وَكَذَا: لَو وَهَبَ دَاراً على أَن يرَّد عَلَيْهِ بَعْضَهَا أَو يعّوضَهُ شَيْئاً مِنْهَا.

وَلَو دبَّر الْحملَ ثمَّ وَهبَهَا.. فالهبةُ بَاطِلَةٌ.

أجيب: بأن: ما في البطن ليس بمال أصلاً، ولا يعلم وجوده حقيقة، بخلاف الصوف واللبن.

وأن: إخراج الولد ليس إليه، فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباً عن الواهب، بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن.

ثم إنما بطل هذا الشرط؛ لأنه يخالف مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً، بخلاف الشرط الملائم؛ لأنه متعارف، وإنما لم تبطل الهبة؛ لما روي: أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الشرط، ونهى عن بيع وشرط.

(وكذا)؛ أي: صحت الهبة وبطل الشرط **(لو وهب داراً على أن يرد عليه بعضها)** من ثلثها أو نصفها، **(أو يعوضه شيئاً منها)**؛ لأنه شرط فاسد لما ذكرناه. هكذا وقع في «الكنز».

واعترض عليه «الزيلعي» بأنه: إن أراد بقوله: «أو يعوضه شيئاً منها»: الهبة بشرط العوض.. فهو والعوض جائزان، فلا يستقيم قوله: «بطل الشرط».

وإن أراد: أن يعوضه شيئاً من العين الموهوبة.. فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله: «على أن يرد عليه بعضها». انتهى.

والجواب: أن المراد بقوله: «على أن يرد عليه بعضها»: البعض المعلوم؛ مثل: الثلث أو الربع، وبقوله: «على أن يعوضه شيئاً منها»: البعض المجهول من العين الموهوبة.. فلا تكرار؛ لأن التعويض من بعض العين الموهوبة فاسد؛ سواء كان بعضاً معلوماً أو مجهولاً؛ لأن العوض إنما يصح إذا كان معلوماً.

(ولو دبر الحمل، ثم وهبها.. فالهبة باطلة)؛ لأن الحمل باق على ملكه، فيكون من قبيل هبة المشاع.. فلا يجوز.

بِخِلَافِ مَا لَو أعْتَقهُ ثمَّ وَهبَهَا.

وَمن قَالَ لمديونِهِ: إِذا جَاءَ غَدٌ فالدَّينُ لَك، أَو فَأَنتَ بَرِيءٌ مِنْهُ، أَو إِن أَدّيتَ إِلَيّ نصفَه فالباقي لَك، أَو فَأَنتَ بَرِيءٌ مِنْهُ.. فَهُوَ بَاطِلٌ.

بخلاف الاستثناء؛ لأنا أبطلناه على ما تقدم، وجعلنا الحمل موهوماً، وههنا التدبير يمنع عن ذلك؛ لاستلزامه بقاء ملكه.

فإن قيل: سلمنا أنها هبة مشاع، لكنها فيما لا تحتمل القسمة وهي جائزة على ما تقدم.

أجيب: بأن عرضية الانفصال في ثاني الأحوال ثابتة لا محالة، فأنزل منفصلاً في الحال، فكان في منزلة ما يحتمل القسمة.

(**بخلاف ما لو أعتقه**)؛ أي: الحمل (**ثم وهبها**)؛ أي: الأم؛ حيث جازت الهبة؛ لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب؛ لخروجه عنه بالإعتاق، فلم تكن هبة مشاع [٤٧٥/أ].. فتكون جائزة.

قيل: في المسألة روايتان:

في رواية: لا تجوز الهبة والإعتاق والتدبير معاً.

وقيل: جازت فيهما.

وقال في «قاضي خان»: والصحيح: الفرق بين الإعتاق والتدبير، كما عرفه المصنف.

(**ومن قال لمديونه: إذا جاء غد فالدين لك، أو فأنت بريء منه، أو إن أديت إلي نصفه فالباقي لك، أو فأنت بريء منه.. فهو باطل**)؛ لأن الإبراء:

تمليك من وجه؛ لارتداده بالرد.

إسقاط من وجه؛ لعدم توقفه على القبول.

وهبة الدين ممن عليه الدين: إبراء؛ لارتداده بالرد وعدم توقفه على القبول.. فكان تمليكاً من وجه، إسقاطاً من وجه.

والتعليق بالشروط يختص بالتبرعات والإسقاطات المحضة التي يحلف بها - أي: يقبل التعليق بالشرط؛ كالطلاق والعتاق والقرض وهبة العين والصدقة ونحوها - فلا يتعداها إلى ما فيه تمليك.

فإن قيل: قولهم: «هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول»: منقوض بدين الصرف والسلم؛ فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له.. توقف على قبوله.

أجيب: بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة الدين، بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه.. فلهذا توقف على القبول. كذا في «العناية».

واعلم: أن هبة الدين؛ إما لمن عليه الدين، أو لغير من عليه الدين.

- **والثاني:** لا يصح، إلا إذا وهبه وأمر بقبضه فقبضه.. جاز استحساناً، وإن لم يأمره بقبضه.. لم يجز، ولو أمره بقبضه ولم يقبضه.. لم يستحكم. على ما في «العمادي».

ومن هنا قال في «الفتاوى»: لو وهبت البنت مهرها الذي في ذمة زوجها من أبيها؛ إن أمرته بالقبض.. صحت، وإلا.. لا.

وكذا لو وهبت امرأة مهرها الذي في ذمة زوجها من ولدها الصغير الذي من هذا الزوج.. لا تصح على الصحيح.

إلا إذا أمرت ولدها وسلطته على القبض.. فحينئذٍ يصح؛ لأنها هبة لغير من عليه الدين، فلا بد من التسليط بالقبض.

وهل للأب والابن قبض ذلك المهر من الزوج بعد الهبة لهما، والتسليط على القبض من الزوج؟

قلت: هذا واقعة الفتوى، والذي يقتضيه ظاهر إطلاق قولهم: «إن أمرته بالقبض.. صحت الهبة»: أن يكون له حق المطالبة والقبض؛ لأن المتبادر من الصحة هو الصحة باباً، وذلك يقتضي جواز المطالبة بالقبض عقيب الهبة والتسليط على القبض.

والذي يقتضيه قولهم: «الدين المؤجل [٤٧٥/ب] لا يطالب قبل حلول الأجل»: أن لا يجوز له حق المطالبة والقبض إلا بعد موت الزوج أو تطليقه بائناً؛ لأن المهر المؤجل لا يطالب إلا بعد الموت أو الطلاق؛ لأنه مؤجل بهما.

لكن لقائل أن يقول: إن هذا الأجل صحيح عرفاً - كما صرح في مهر «القنية» و«البزازية» - وجهالة وقت الموت والطلاق تتحمل، فلا يقبضه قبل حلول الأجل؛ فيصير كأنه وهبه حين قبضه.

• **والأول**؛ أي: هبة الدين لمن عليه الدين: صحيح قياساً واستحساناً، وكذا الإبراء منه صحيح قياساً واستحساناً. اتفاقاً.

واختلفوا في الفرق بين هبة الدين ممن عليه الدين، وبين الإبراء منه:

منهم من لم يفرق بينهما أصلاً.

ومنهم من فرق بينهما.

ووجه من لم يفرق: أن كلًّا منهما إبراء ذمة المديون.

ووجه من فرق: أن الهبة تمليك لا إسقاط، والإبراء إسقاط، والتمليك ليس عين الإسقاط وإن استلزمه.

ثم اختلفوا في اشتراط القبول:

منهم من قال: إن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم من غير قبول من المديون،

والإبراء يتم بدونه؛ لأن الهبة تمليك، فلا تتم إلا بالقبول؛ لأنه إلزام الملك، والإبراء: إسقاط، فلا حاجة إلى القبول؛ إذ ليس فيه إلزام شيء.

وعن زفر: أنه سوى بينهما وقال: تتم الهبة والإبراء بدون القبول، وهو اختيار شمس الأئمة، وعليه عامة المشايخ، على ما في «الواقعات».

وعلى كلا القولين: إنه يرتد بالرد.

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء والهبة أم لا يشترط؟

قيل: نعم، وقيل: لا. وقد ذكرناه في باب اليمين في الضرب والقتل من كتاب الإيمان، فارجع إليه.

فإن قيل: قد ذكرت أن الإبراء يرتد بالرد، وهذا مخالف لما ذكره في «الخلاصة» -: لو قال الغريم للدائن: أبرئني عما لك علي، فقال: قد أبرأتك من ديني عليك، فقال: لا أقبل.. فهو بريء - فإنه يدل على أن الإبراء لا يرتد بالرد.

قلنا: إن قوله: «لا أقبل»: رد بعد القبول.. فلا يعتبر؛ فإنه لما طلب منه الإبراء.. فقد قبله، ثم لا يقبل رده.

ومما يدل على أن قبول المديون ليس بشرط في جواز هبة الدين منه: ما ذكره «قاضي خان»: رجل مات، فوهبت امرأته مهرها منه.. صحت هبتها وبرئ الزوج؛ لأن الدين لا يسقط بالموت، وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة.. فصحت.

وهل لورثته رد هذه الهبة؟

والذي ظهر من «البزازية»: أن لهم ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد؛ حيث قال: غريم الميت وهب الدين من [٤٧٦/أ] الوارث.. صحت؛ لأنها ممن عليه الدين حكماً.

ولو رد الوارث الهبة.. ترتد بالرد، خلافاً لمحمد.

وقيل: لا خلاف ههنا، والخلاف فيما لو وهب للميت، فرده الوارث. انتهى.

ثم قال فيها: ولو وهب لبعض الورثة.. فالهبة لكلهم.

ولو أبرأ الوارث.. صح أيضاً.

ثم اعلم: أن تعليق الهبة بالشرط؛ سواء كان الموهوب عيناً أو ديناً.. باطل مطلقاً إن ذكر الشرط بكلمة «إن»؛ لأنه تعليق على خطر الوجود، وهو ينافي التمليك.

وإن ذكر بكلمة «على»:

فإن كان ملائماً.. فجائز؛ لأن كلمة «على» للعوض، فيكون من قبيل التعليق بالعوض، والهبة بشرط العوض: جائزة، ولأن المذكور بـ«على»: تقييد لا تعليق.

وإن لم يكن ملائماً.. لا يجوز.

ويتفرع عليه: ما ذكره في «الذخيرة البرهانية»: إذا وهبت المرأة لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها، فأمسكها زماناً، ثم طلقها بعد ذلك؛ فإن شرطت للإمساك وترك الطلاق وقتاً مؤقتاً، فطلقها قبل مضي الوقت.. فالهبة باطلة، وإن لم تشترط للإمساك وقتاً معيناً.. فالهبة ماضية على الصحة.

وقال في «قاضي خان»: امرأة قالت لزوجها: وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي؛ فإن لم يقبل الزوج ذلك.. بطلت الهبة، وإن قبل ذلك في المجلس.. جازت الهبة.

ثم إن فعل الزوج ذلك.. فالهبة ماضية، وإن لم يفعل.. فكذلك عند البعض؛ كمن أعتق أمته على أن لا تتزوج، فقبلت.. عتقت؛ تزوجت أو لم تتزوج.

ثم قال: امرأة قالت لزوجها: وهبت مهري إن لم تظلمني، فقبل ذلك، ثم ظلمها بعد ذلك.. قال أبو بكر الإسكاف وأبو القاسم الصفار: الهبة فاسدة؛ لأنها تعليق الهبة بالشرط.

بخلاف ما لو قالت: وهبت منك مهري على أن لا تظلمني، فقبل.. صحت الهبة لأنها تعليق الهبة بالقبول؛ فإذا قبل.. تمت الهبة، فلا يعود المهر بعد ذلك.

وهو نظير ما لو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار.. لا تطلق ما لم تدخل.

ولو قال: أنت طالق على دخولك الدار، فقالت: قبلت.. وقع الطلاق.

وقال محمد بن مقاتل في مسألة الظلم: مهرها عليه على حاله إذا ظلمها؛ لأن المرأة لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط؛ فإذا فات الشرط.. فات الرضاء.

أما الطلاق.. فالرضاء فيه ليس بشرط.

والدليل على هذا: ما ذكر في كتاب الحج: إذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج لها، فقبل الزوج ذلك ولم يحج لها.. كان المهر عليه على حاله.

والفتوى [٤٧٦/ب]: على هذا القول.

قال مولانا: ويمكن الفرق بين مسألة الحج وبين مسألة الظلم:

بأن في **مسألة الحج**: لما شرطت الحج.. فقد شرطت نفقة الحج عليه، فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض؛ فإذا لم يحصل العوض.. لا تتم الهبة.

أما في مسألة الظلم: شرطت عليه ترك الظلم، وترك الظلم لا يصح عوضاً.

قال: وإذا ضربها.. إنما يسقط المهر إذا ضربها بغير حق؛ أما إذا ضربها لتأديب مستحق عليها.. لا يعود المهر؛ لأن ما كان حقاً.. لا يكون ظلماً.

امرأة وهبت مهرها من زوجها ليعطيها في كل حول ثوباً مرتين، وقبل الزوج ذلك، فمضى حولان ولم يعط.. قال محمد بن الفضل: إن كان ذلك شرطاً في الهبة.. فمهرها عليه على حاله؛ لأن هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض؛ فإذا لم يحصل العوض.. لا تصح الهبة، وإن لم يكن ذلك شرطاً في الهبة.. سقط مهرها، ولا يعود بعد ذلك.

وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن إليها، ولم يحسن.. كانت الهبة باطلة، وتكون بمنزلة الهبة بشرط العوض.

امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها، فقبل الزوج ذلك، ثم طلقها.. قال محمد بن الفضل: إن لم يكن وقّت للإمساك وقتاً.. لا يعود مهرها على زوجها، وإن وقت وقتاً فطلقها قبل ذلك الوقت.. كان المهر عليه على حاله.

فقيل له: إذا لم يوقت لذلك وقتاً.. كان قصدها أن يمسكها ما عاش؟! قال: نعم، إلا أن العبرة لإطلاق اللفظ.

وقال: حلف إذا وهبت امرأة مهرها من زوجها على أن لا يطلقها، وقبل الزوج ذلك.. صحت الهبة؛ طلقها الزوج أو لم يطلقها؛ لأن ترك الطلاق لا يكون عوضاً، فبقيت هذه هبة بشرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وذكر في «النوازل»: إذا قالت المرأة لزوجها: تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي، ففعل الزوج ذلك.. قال: مهرها عليه كما كان ما لم تطلق نفسها.

قال في «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «المجتبى»: لو منعها الزوج من أبويها، وقال: لو وهبت لي مهرك بعثتك إليهما، فوهبت له بعض مهرها، فبعثها أو لم يبعثها.. فالهبة باطلة؛ لأنها كالمكرهة، وهبة المكره باطلة.

وقال الشيخ خير الدين: يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى، وهي: أن البكر البالغة يمنعها إخوتها التي هي في بيتهم عن الدخول بزوجها حتى [٤٧٧/أ] تهبهم أو تبيعهم حصتها من أبيها في الإرث وَأَشْهَدَ لهم.

والجواب في مثل ذلك: أنها كالمكرهة في ذلك.

ثم قال نقلاً عن الفقيه أبي جعفر: من منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهب مهرها، فوهبت بعض مهرها.. فالهبة باطلة؛ لأنها كالمكرهة.

ثم قال: ويؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى، وهي: ما لو زوَّج ابنته البكر من

رجل، فلما أرادت أن تخرج من بيته إلى زوجها منعها الأب، إلا أن تشهد عليها أنها استوفت منه ما تعرف فيه من ميراث أمها، فأقرت بذلك، ثم أذن لها في الخروج.. فإن الظاهر أن الحكم فيه: عدم صحة الإقرار؛ لكونها في معنى المكرهة؛ لما ذكر من المنع، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادي.

المرأة المطلقة: إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها، فقال لها المطلق: لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي من المهر، فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها، ثم أبى أن يتزوجها.. قالوا: مهرها عليه على حاله؛ تزوجها أو لم يتزوجها؛ لأنها جعلت المال على نفسها عوضاً عن النكاح، وفي النكاح: العوض لا يكون على المرأة.

امرأة تقول لزوجها: إنك تغيب عني كثيراً؛ فإن مكثت معي، ولا تغيب.. فقد وهبت منك الحائط الذي في مكان كذا، فمكث معها زماناً، ثم طلقها.. قالوا هذه المسألة على خمسة أوجه:

١- **إن كان** كلامها عدة منها لا هبة للحال.. لا يكون الحائط للزوج؛ لأن بالوعد لا يملك.

٢- **وإن كانت** وهبت منه وسلمت إليه، والزوج وعدها أن يمكث معها.. يكون الحائط للزوج؛ لأنها وهبت للحال ولم تعلقها بشرط، وإنما شرطت عليه شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

٣- **والوجه الثالث:** أن تقول المرأة: وهبت منك الحائط إن مكثت معي، فقبل الزوج ذلك.. كانت باطلة؛ لأنها علقت الهبة بالشرط، والهبة لا تحتمل التعليق بالشرط.

٤- **والوجه الرابع:** أن تقول المرأة: وهبت منك على أن تمكث معي.. قال أبو القاسم: يكون الحائط للزوج.

وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير فيما تقدم آنفاً: لا يكون للزوج، والاعتماد على ما قالا؛ لأنها ما رضيت إلا بهذا الشرط.

٥- **والوجه الخامس**: أن تصالح المرأة زوجها على أن يمكث معها على أن يكون الحائط هبة للزوج.. لا يكون الحائط للزوج؛ كما في الوجه الرابع [٤٧٧/ب]، والصلح باطل.

رجل وهب لرجل أرضاً وسلمها إليه، وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من الخارج.. كانت الهبة فاسدة؛ لأنه شرط على الموهوب له عوضاً مجهولاً؛ لأن الخارج من الأرض مما يملكه، فيكون له.. فلا يصلح عوضاً، فيكون العوض مجهولاً، فيكون مفسراً.

بخلاف ما إذا كانت الهبة كرماً، وشرط أن ينفق الموهوب له على الواهب من ثمرته؛ قال: ثمة.. تصح الهبة ويبطل الشرط؛ لأن الواهب حينئذ شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب، فيكون الشرط فاسداً، والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط وتصح الهبة.

لو قال لمديونه: إن لم تقض ما لي عليك من دين حتى تموت فأنت في حل أو بريء.. فهو باطل؛ لأنه تعليق، والبراءة لا تحتمل التعليق.

ولو قال لمديونه: إذا متُّ - بضم التاء - فأنت في حل أو بريء.. فهو جائز؛ لأن هذه وصية لا إبراء.

بخلاف ما لو قال لمديونه: إذا متَّ - بفتح التاء - فأنت بريء من ذلك الدين.. حيث لا يبرأ؛ لأنه مخاطرة وتعليق؛ كقوله: إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك.. لا يبرأ.

وكذا لو قالت المرأة لزوجها المريض: إذا متَّ - بفتح التاء - من مرضك هذا فأنت في حل من مهري، أو قالت: فمهري عليك صدقة.. فهو باطل؛ لأنه تعليق ومخاطرة.

وَالعمرى جَائِزَةٌ للمعمَرِ حَالَ حَيَاتِهِ، ولورثَتِهِ بعدَه.

وَهِي أَن يَجْعَل دَارَه لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ، فَإِذا مَاتَ.. رُدَّتْ إِلَيْهِ.

والرُقبى بَاطِلَةٌ؛ فَإِن قبضَهَا.. كَانَت عَارِيةً فِي يَدِهِ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تصحُّ كالعمرى، وَهِي أَن يَقُولَ: إِن متُّ قبلَكَ.. فلكَ ذَلِكَ، وإِنْ متَّ قبلي.. فلي.

وكذا لو قالت المرأة المريضة لزوجها: إن متُّ - بضم التاء - من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو فأنت في حل من مهري، فماتت من ذلك المرض.. كان مهرها على زوجها كما كان؛ لأن هذه مخاطرة.. فلا تصح.

هذه الجملة في كتاب الهبة من «قاضي خان».

فدلت هذه المسائل: أن تعليق الإبراء من الدين وتعليق هبة الدين بشرط ملائم بكلمة «على»: جائز.

وقد صرح به في «البحر» قبيل كتاب الصرف على ما ذكرها ثمة.

ففي قوله: «إن أديت إلي نصفه»: إشارة إلى أنه لو قال: وهبت لك نصفه على أن تؤدي نصفه الباقي وقبله المديون.. جاز.

(**والعمرى جائزة للمعمر**) له؛ أي: للموهوب له (**حال حياته ولورثته بعده**)؛ لما روينا: أن النبي ﷺ أجاز العمرى وأبطل الشرط.

(**وهي**)؛ أي: العمرى: (**أن يجعل داره له مدة عمره؛ فإذا مات.. ردت إليه**).

(**والرقبى باطلة؛ فإن قبضها.. كانت عارية في يده**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: تصح كالعمرى**).

(**وهي**)؛ أي: الرقبى: (**أن يقول إن مت**) أنا (**قبلك.. فلك ذلك، وإن مت**) أنت (**قبلي.. فلي**)، هذا تفسير الرقبى على قول أبي حنيفة ومحمد.

لهما: ما رواه أحمد والنسائي [٤٧٨/أ]: أن النبي ﷺ أجاز العمرى ومنع الرقبى،

وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ، لَا تصحُّ بِدُونِ الْقَبْضِ، وَلَا فِي مشَاعٍ يُقسَمُ.
وَلَا رُجُوعَ فِيهَا وَلَو لَغَنِيٍّ.
وَلَا فِي الْهِبَةِ لفقيرٍ.

ولأن معنى العمرى: هو التمليك في الحال ويجعلها عمره له، ثم إن مات.. يرجع، فصح التمليك وبطل الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بل يبطل الشرط.

ومعنى الرقبى: أن يملكها بعد موته، فتكون الرقبى تمليكاً مضافاً إلى زمان المستقبل، وهو من الارتقاب بمعنى الانتظار؛ كأنه ينتظر موته.. فلا يصح؛ لعدم التمليك في الحال.

ولأبي يوسف: أن الرقبى: تمليك للحال، واشتراط الرد في المال كالعمرى.. فيجوز.

فليس بينهما نزاع في الحقيقة، بل النزاع لفظي؛ بناء على تفسيرها؛ فمن فسرها بالتمليك الحالي: أجازها، ومن فسرها بالتمليك الاستقبالي: منعها. كذا في «الزيلعي».

(**والصدقة كالهبة، لا تصح بدون القبض**)؛ لقوله ﷺ: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة»، ولأنها تبرع كالهبة، فلا تتم بدون القبض.

(**ولا في مشاع يقسم**)؛ لأن الشيوع فيما يقسم يمنع تمام القبض المشروط.

(**ولا رجوع فيها ولو لغني**)؛ لأن المقصود منها: هو الثواب، وقد حصل، فصارت كهبة عوض عنها.

لكن القياس في الصدقة على غني: صحة الرجوع؛ لأن الغرض ثمة: هو حصول العوض لا الثواب.

ووجه الاستحسان: أن الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب أيضاً.

(**ولا في الهبة لفقير**)؛ لأن المقصود منها: هو الثواب، وقد حصل.

وتفصيل ما يتعلق بالصدقة مذكور في فصل الصدقة من آخر كتاب الهبة من

وَلَو قَالَ: جَمِيعُ مَالِي، أَو مَا أَملِكُهُ لِفُلَانٍ..
فَهُوَ هِبةٌ، وَإِن قَالَ: مَا يَنْسبُ إِلَيَّ أَو يُعرَفُ بِي.. فإِقرارٌ.

«قاضي خان»، وذكر فيه أحكام الصدقة، وقال: اختلفوا في التصدق على سائل المسجد.. قالوا: لا ينبغي [أن يتصدق]على السائل في المسجد.

(ولو قال: جميع مالي أو ما أملكه لفلان.. فهو هبة)؛ لأن مملوكه إنما يكون ملكاً لغيره بالتمليك، والهبة أدناه.

قال في إقرار «قاضي خان»: لو قال: جميع مالي أو جميع ما أملكه لفلان.. فهو هبة لا تجوز إلا بالتسليم، ولا يجبر على ذلك.

ولو قال: جميع ما في بيتي لفلان.. كان إقراراً.

وكذا لو قال: جميع ما يعرف مني، أو جميع ما ينسب إلي فهو لفلان.. يكون إقراراً. هكذا ذكره في كتاب الإقرار نقلاً عن الإسكاف.

ثم ذكر في كتاب الهبة وجه الفرق بينهما وقال: لأن في الوجه الأول: صرح بإضافة الملك إلى نفسه، ثم أضافه إلى فلان.. ومثله: يكون هبة.

وفي الوجه الثاني: لم يصرح بملك نفسه؛ لأن ما في البيت وما يعرف منه وينسب إليه لا يستلزم الملك [٤٧٨/ب]؛ لأنه قد يكون لغيره، ومثل هذا: لا يكون هبة؛ لأن الهبة تستدعي سابقية الملك يقيناً.

وقال في «الخلاصة» من كتاب الإقرار: رجل قال: جميع ما في يدي فهو لفلان.. فهذا إقرار لا هبة. والوجه فيه أيضاً: ما ذكر.

ويشكل هذا الفرق بما ذكره في إقرار «قاضي خان»: جميع ما في بيتي بعته من فلان.. جاز البيع.

ولو قال: جميع ما أملكه بعته من فلان.. يقتضي جهالة المبيع جهالة فاحشة، بخلاف قوله جميع ما في بيتي.

(وإن قال: ما ينسب إلي أو يعرف بي.. فإقرار) والوجه: ما ذكرناه آنفاً.

* * *

الفهرس

الفهرس